

LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE.

DU PRÊT,

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE

ET

DES CONTRATS ALÉATOIRES,

OU

COMMENTAIRE DES TITRES X, XI ET XII, LIVRE III, DU CODE CIVIL.

Par M. Troplong,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, OFFICIER DE L'ORDRE ROYAL DE LA LÉGION D'HONNEUR, MEMBRE DE L'INSTITUT.

ÉDITION AUGMENTÉE EN BELGIQUE,

DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE BELGES ET MISE EN RAPPORT AVEC LES ÉDITIONS DU PAYS.

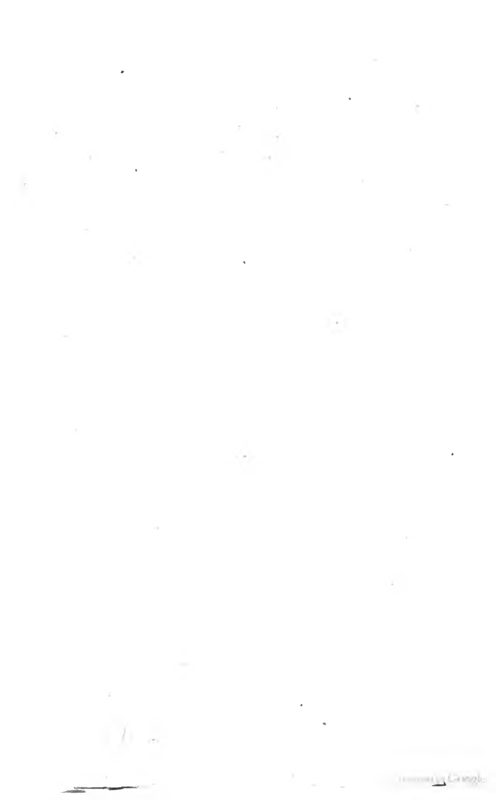
BRUXELLES,

SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE BELGE,

AD. WAHLEN ET COMPAGNIE.

PARTIE DE JURISPRUDENCE. — H. TARLIER, GÉRANT.

1845



PRÉFACE [1].

Quid fœnerari? quid hominem occidere [2]?

Populus vivere non potest sine mutuo [3].

Si le titre *du Prêt* ne comprenait que le commodat et le prêt simple, il mériterait peut-être le nom de petit contrat qu'on lui donne quelquefois. Mais le prêt à intérêt, qui est l'une de ses branches, l'élève tout de suite à un haut degré d'importance. Ce dernier contrat a toujours été un grave sujet d'étude. L'histoire romaine en est remplie; la philosophie ancienne lui a donné son attention; la théologie l'a scruté dans ses règles, et lui a été aussi hostile que l'économie politique moderne lui est favorable. Soumis, en jurisprudence, aux destinées les plus diverses, tantôt il a été encouragé par des législations qui lui ont donné place parmi les transactions conformes à la raison, à l'honnêteté et à l'utilité; tantôt, au contraire, il a été condamné par des codes sévères comme presque aussi répréhensible que le vol et l'homicide!

Ce n'est pas tout. Parmi ceux qui ne refusent pas au prêt à intérêt une existence légitime, des controverses se sont élevées sur le droit de l'État d'en fixer le prix. L'usure libre a ses défenseurs parmi les jurisconsultes, les politiques et les économistes; tandis que des dispositions pénales, considérées comme très-nécessaires par de bons esprits, punissent l'usurier de peines rigoureuses.

Pourquoi toutes ces divisions dans les opinions? Par beaucoup de raisons. D'abord, le prêt touche à ce qu'il y a de plus vif dans les intérêts matériels de la société; il peut tour à tour asservir le débiteur sous une exploitation aussi inexorable que l'esclavage, dont il a été souvent le complice; ou le racheter, par un secours opportun, de la ruine et de l'infamie. Il peut appesantir sur la propriété sa main écrasante et rapace, ou la dégager des charges qui la font languir.

Veut-on voir ensuite le côté moral de ce contrat? Tantôt la bienfaisance en fait une vertu; tantôt l'amour du gain en fait un vice; il fait éclater l'équité du prêteur, ou son avarice. Si l'utile a tout pouvoir pour s'en servir à sa guise, ce peut être la guerre sans pitié de celui qui possède contre celui qui a besoin. Si, au contraire, l'honnête défend à l'utile d'en tirer profit, c'est l'antagonisme de la spiritualité pure et des intérêts matériels.

Le prêt remue donc toutes sortes de questions vitales, qui le mettent dans le domaine non-seulement de la jurisprudence, mais encore de la religion, de la philosophie, de la politique et de l'économie sociale. Et comme, pour résoudre ces questions, chacun s'est mis au point de vue de ses idées dominantes, la solu-

[1] Ce fragment historique a été lu à l'Institut, Académie des sciences morales et politiques, dans les séances des 17, 25, 31 novembre et 7 décembre 1844.

[2] Mot de Caton; voyez *infra*.

[3] Paroles des ministres de saint Louis; voyez *infra*.

tion n'a pas été la même pour tous. La religion a plutôt considéré la perfection morale; la philosophie, la délicatesse et la dignité de l'homme; l'économie sociale, la production et le mouvement des capitaux; le législateur, l'utilité présente. Quant au jurisconsulte, dont le rôle est d'accepter les faits accomplis, il s'est trouvé fort perplexe au milieu de ce conflit des sciences divines et humaines; et il a mis des raisonnements à l'appui de tous les systèmes.

Et ce n'est pas seulement de secte à secte que les opinions se sont partagées. Entre les hommes voués aux mêmes spéculations et aux mêmes études, le temps a fait naître des aperçus contradictoires. Les principes d'économie d'Aristote et de Caton sur les produits usuraires ne sont pas ceux de Turgot. Cicéron et Sénèque ne les ont pas jugés comme Calvin, Dugald Stewart et les philosophes français du XVIII[e] siècle. Les théologiens et les canonistes d'aujourd'hui ne leur portent pas des sentiments aussi ennemis que les Henri de Gand et les Soto.

Enfin, il est un rapprochement singulier dont l'esprit est frappé à ce propos.

Toute l'antiquité faisait le commerce d'argent et l'usure. Les Gaulois plaçaient sous la protection du dieu Mercure la fructification de l'argent. *Mercurium ad quæstus pecuniæ mercaturasque vim maximam habere*, dit César [1]. Les Grecs s'y livrèrent constamment, soit dans leur pays, soit avec les peuples d'Orient. Rome en remplit l'Italie et les provinces. Les Juifs reçurent de leur législateur la permission de prêter à intérêt aux nations étrangères. Les Syriens, issus des Phéniciens et héritiers des pratiques commerciales de ces derniers, étaient célèbres par leur goût pour ce genre d'industrie [2].

Et toutefois, malgré cet accord de presque toutes les nations connues, les philosophes, les économistes et les sages de l'antiquité ont parlé des usures avec mépris [3]. Moïse les défendit entre Juifs comme un acte qui blessait les sentiments d'humanité que se doivent des concitoyens. Nous verrons plus tard les jugements sévères d'Aristote, Caton, Cicéron, Sénèque, Plutarque et Pline.

Au moyen âge, le contraire arriva ; les usures furent défendues partout, soit chez les chrétiens, soit même chez les sectateurs de la religion de Mahomet [4]. Alors les économistes, les politiques, les philosophes, s'évertuèrent à prouver que les usures sont licites, et qu'utiles aux peuples, elles n'ont rien de contraire à la morale et à l'honnêteté. Partout on essaya de prêter à intérêt en éludant la prohibition [5].

Ainsi, quand la loi autorise les usures, l'économie politique et la philosophie les condamnent. Quand la loi les condamne, l'économie politique et la philosophie les autorisent!

Est-ce contradiction bizarre? Non, si nous voulons prendre la chose du bon côté; et tout peut s'expliquer par les exagérations dans lesquelles sont tombées tour à tour et la pratique des usures et la prohibition des usures.

Dans les temps antiques, le prêt à intérêt était poussé aux plus extrêmes limites de la production usuraire. La philosophie ancienne eut donc raison d'élever la voix par pitié pour les classes opprimées. Seulement, cette pitié ne fut pas toujours éclairée par d'assez savantes notions d'économie sociale. Aristote nous en donnera une preuve évidente [6].

Chez les nations d'origine féodale, au lieu de réprimer les abus du prêt à intérêt, un excès de spiritualité en abolit en-

[1] *De bello gallico*, 6, 17. *Voy.* aussi le n° 13.

[2] Sid. Apollinaris, 1, epist. 8. — Saumaise, *De trapezit.*, 41, 50, 97, 370. — Thomassin, *De l'usure*, p. 356.

[3] L'antiquité, dit Niebuhr, condamnait l'usure avec presque autant d'aversion que l'Église primitive ou l'islamisme (t. 5, p. 29).

[4] Tavernier, *Relat. du sérail du Grand Seigneur*, p. 156..., 162, 163.

[5] Tavernier dit que, dans les États mahométans, malgré la défense du Coran, des collusions et déguisements ont été inventés à l'envi pour tirer de l'argent des profits de 12 p. °/o.

[6] *Infra*, n° 334.

tièrement l'usage, et enleva à la bonne direction du crédit privé et public ce contrat précieux. La philosophie eut donc encore raison de blâmer ce sacrifice imposé à l'utile par exagération de l'honnête. Sans être moins morale que l'ancienne philosophie, elle se montra tout aussi amie des vrais intérêts de l'emprunteur, et beaucoup mieux instruite de la science du crédit.

Au surplus, je ne serais pas étonné que tous ces contrastes donnassent prétexte à quelque esprit morose de nous demander si nous ne sommes pas ébranlé dans nos croyances à l'existence d'un droit naturel primordial et immuable, quand nous voyons le droit romain autoriser le prêt à intérêt; plus tard l'ancien droit français le déclarer injuste; puis, le Code civil admettre comme licite ce contrat contre lequel tant de haines et d'injures ont été accumulées en d'autres temps et d'autres lieux! Mais notre foi est profonde, nous la croyons surtout intelligente quand, distinguant ce que les empiriques affectent de confondre, elle ne fait pas remonter jusqu'à l'éternelle morale la responsabilité des variations qui affectent le droit positif. Malgré une réflexion chagrine et trop souvent répétée de Pascal, faut-il donc s'étonner que les lois des nations ne soient pas uniformes, alors qu'on ne s'émerveille pas de la variété des climats, des races, des langues et des besoins? Ce n'est pas la vérité qui change quand les lois cessent d'être les mêmes d'une région à l'autre, c'est le degré de civilisation; ce sont les circonstances de temps, de lieu, de développement matériel et moral qui placent l'homme dans des milieux différents, et enlèvent à sa condition le privilége de l'uniformité. Mais, au-dessus de ce mélange de législations contraires, il y a un droit inaltérable qui préside à leur perfectionnement; de même qu'au-dessus de tant de peuples qui attestent la féconde et inépuisable variété de la nature, il y a la Providence d'un Dieu unique qui les conduit!

Nous voulons rechercher principalement aujourd'hui les variations par lesquelles le prêt à intérêt est passé chez nous, aussi bien que chez les peuples anciens dont le contact a influé directement ou indirectement sur notre droit. Nous traiterons plus spécialement ailleurs de la légitimité du prêt à intérêt considéré en lui-même et dans ses éléments constitutifs [1]. Nous nous bornerons, à l'heure qu'il est, à voir historiquement l'usage qui en a été fait comme instrument de la richesse sociale, et le rôle qu'il a joué dans les institutions civiles et politiques. Ce sujet a de l'étendue. Il n'est pas exempt de difficultés, tant sous le rapport du droit qu'au point de vue de la critique littéraire. J'explique par là la longueur de cette introduction.

Et d'abord, mettons tout de suite en présence deux peuples qui précédèrent la civilisation romaine, et dont les institutions offrent le contraste le plus frappant.

Moïse défendit absolument le prêt à intérêt de Juif à Juif. D'après la loi hébraïque, constamment en vigueur malgré de fréquentes violations, le prêt ne pouvait être que gratuit dans le sein de cette petite nation, qui, séparée des autres peuples par l'originalité de sa religion et de ses mœurs, et haïe de ses voisins, se faisait craindre et respecter par l'union fraternelle de ses membres. Son territoire était fertile; l'agriculture et les troupeaux devaient être sa principale occupation. Ce n'est qu'avec les étrangers que l'usure lui était permise. Moïse ne crut pas devoir refuser cette satisfaction à son ardeur pour le gain. Mais, entre Juifs, entre frères, l'intérêt devait faire place à la bienfaisance [2]. Par suite de cette politique patriarcale, nous voyons les prophètes constamment occupés à ramener les Juifs à la pureté de leur loi, et à réprimer avec rigueur l'entraînement

[1] *Infra*, nos 310 et suiv.

[2] *Infra*, no 311, je reviens là-dessus.

de leur penchant à l'usure [1]. Nous dirons plus tard l'influence de cette loi sur la police des nations chrétiennes.

En Grèce, ce fut tout autre chose. Autant les Juifs avaient été organisés pour se concentrer en eux-mêmes et fuir le trafic [2], autant les Grecs furent communicatifs, voyageurs et commerçants. Marins intrépides, spéculateurs habiles et rusés, moins agriculteurs que négociants et navigateurs [3], ils ne furent arrêtés par aucun préjugé, ni par aucune défense municipale, dans la pratique du prêt à intérêt, levier nécessaire de tout commerce intérieur et extérieur, et ils retiraient de l'exercice de l'argent des profits illimités. Solon avait laissé à cet égard une entière liberté à la volonté des contractants [4]. Le taux de l'intérêt dépendait de l'abondance du numéraire, du plus ou moins de solidité de l'emprunteur, de toutes les circonstances, en un mot, qui influent ordinairement sur cette nature de convention [5]. Ce taux était fort élevé; 12 p. °/. était le plus bas intérêt [6]. Habituellement, il s'élevait au cours de 18 p. °/₀ et souvent à celui de 24, 36 ou 48 p. °/₀. Auprès des particuliers, c'était 18 p. °/₀ qui était le prix commun de l'argent; auprès des banquiers, c'était 36 [7], y compris les changes et rechanges, escomptes et commission. Quand le prêt se faisait à très-courte échéance et pour quelques jours seulement, l'intérêt ne s'arrêtait pas là; il était de 700 à 800 p. °/₀; et, par exemple, une mine, qui valait 100 drachmes, rapportait deux drachmes par jour [8]. Cette élévation de l'usure diurne ou hebdomadaire n'étonnera personne. On sait, en effet, que les prêts de petites sommes au jour ou à la semaine, prêts qui se font aux gens pauvres et de basse condition [9], produisent des intérêts bien supérieurs aux intérêts ordinaires sans grever les emprunteurs autant qu'on pourrait le croire [10]; parce que l'intérêt réparti sur de petits capitaux et de courtes échéances est bien moins lourd que celui qui est engendré par de grosses sommes et à de longs termes.

A Athènes, la principale manière d'exercer l'argent était l'intérêt maritime. Les Athéniens, livrés à un commerce de mer fort actif avec le Pont, la Syrie, l'Égypte, engageaient beaucoup de capitaux dans les prêts nautiques, qui présentaient de grands bénéfices et peu de chances défavorables à cause de la facilité de la navigation dans ces parages. De là vient que l'argent, se portant de préférence dans cette direction, était rare pour le commerce de terre et pour l'agriculture. C'est pourquoi l'usure terrestre montait très-haut, et ne s'éloignait pas de beaucoup de l'usure maritime. Ainsi, par exemple, tandis que l'usure maritime était au cours moyen de 20 p. /, l'usure terrestre était de 20 p. 120 [11].

Cet excès dans les usures, bien que fréquent dans les cités grecques, était cependant condamné par l'opinion publique et par les sages [12]. Aristote plaçait au dernier rang de la production économique les fruits de l'argent prêté, et ce fut, en général, le sentiment de l'antiquité.

Au reste, il ne paraît pas que les usures aient fait naître dans la Grèce les agitations politiques qui bientôt se présenteront à nous quand nous examinerons l'état de la question chez les Romains. La raison en est, sans doute, que la grande majorité des emprunteurs, étant adonnée au commerce, trouvait dans les

[1] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 371.
[2] *Id.*
[3] Niebuhr dit que la vie maritime fut la vocation des Grecs (t. 2, p. 392).
[4] Saumaise, *De modo usur.*, ch. 4, p. 132. — *Voyez* aussi *Anacharsis*, ch. 58.
[5] Saumaise, *id.*, p. 96, 97, 98.
[6] *Id.*, p. 136.
[7] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 337, d'après Athénée.
[8] Saumaise, *De modo usur.*, p. 93. — *Anacharsis*, ch. 58.
[9] *Id.*, *De fœnore trapezit.*, p. 34, *Pro pauperculis sordidisque.*
[10] *Id.*, p. 753.
[11] Saumaise, *De modo usur.*, ch. 6, p. 224, 225.
[12] Arist., *infra*, nº 334. — Demosth., *in Ponth.*, p. 994. — *Anacharsis*, ch. 55.

bénéfices du négoce la compensation de ses charges. C'est surtout quand le prêt est fait à l'agriculture ou aux particuliers vivant de leur revenu, que les rigueurs de l'usure sont mortelles. Mais quand l'emprunteur est aidé par l'exercice d'une profession lucrative, il lui est plus facile de vaincre la rapidité de ce courant terrible.

Les Grecs rapportaient au nombre 100, pris comme type du sort principal prêté, le calcul des intérêts. Le motif en est simple : la pièce de monnaie d'argent la plus en usage chez eux était la mine, ou livre attique. qui valait 100 drachmes [1]; on supposait donc qu'un capital d'une mine ou de 100 drachmes avait été prêté, et, par un calcul facile, on en déduisait les fractions représentatives des intérêts. Ce calcul se faisait par mois [2]. Quand on disait à Athènes 1 drachme pour cent, cela ne voulait pas dire 1 p. % par an, mais 1 p. % par mois; le calcul à tant par an n'était pas usité. A la fin du mois, on réglait les comptes d'intérêt. C'est à cet usage qu'Aristophane fait allusion quand il met en scène, dans une de ses comédies, un débiteur qui fait des vœux pour que la lune soit emprisonnée et enchaînée; car tant que cette courrière des mois ne paraîtra pas, il ne devra rien [3]!

Venons à Rome. De sérieuses difficultés nous y retiendront plus longtemps.

Dans l'origine, les Romains ne connaissaient que les usures terrestres. Avant les premières guerres puniques, ils ne fréquentaient que leurs rivages [4], et leur première excursion maritime sérieuse date de la conquête de la Sicile sur les Carthaginois [5]. Jusque-là le commerce avait été restreint à Rome dans les limites les plus étroites Quoique Romulus eût permis aux plébéiens les professions lucratives [6], il est certain néanmoins que le négoce d'achats et reventes et les arts manuels, dédaignés du citoyen, étaient abandonnés aux affranchis, aux esclaves et à tout ce qu'il y avait de plus vil dans la population [7]. Le Romain n'estimait que l'agriculture [8], mère de la force et des mâles vertus, et préparation à la vie rude des camps [9]. C'étaient les plébéiens, petits propriétaires ruraux ou fermiers des riches, qui exploitaient les terres pendant la paix [10]; puis, quand la guerre appelait Rome sous les drapeaux pour dompter des villes rebelles ou vaincre des voisins jaloux, les plébéiens, passant des fatigues de la charrue aux fatigues des armes, allaient composer l'infanterie, et payer l'impôt du sang sans avoir droit à une sole [11], et avec la simple perspective d'un butin que la jalousie des patriciens leur enlevait souvent [12].

Cette obligation du service militaire était extrêmement onéreuse pour les plébéiens pauvres, comme ils étaient en grande partie [13]. Il fallait abandonner sa famille et ses affaires pendant tout le temps de la campagne; au retour, on trouvait des champs mal cultivés, des fermages arriérés, de la gêne dans la maison. Si la guerre était malheureuse, et que l'ennemi eût envahi le territoire, le soldat voyait sa terre dévastée, ses bestiaux enlevés, sa maison incendiée ou pillée; et néanmoins le tribut le poursuivait [14], et la plus affreuse misère était

---

[1] Saumaise, *De modo usur.*, p. 229.
[2] *Id.*, p. 230.
[3] Godefroy cite ce trait sur la loi 41, Dig., *de reb. credit.*
[4] Saumaise, *De modo usur.*, p. 223.
[5] Michelet, *Hist. rom.*, t. 1, p. 264.
[6] Denys d'Halyc., 2, 9
[7] Denys va même jusqu'à dire, dans un autre endroit (9, 25), qu'il n'était pas permis à un citoyen romain de gagner sa vie par le négoce et les arts manuels. — *Junge* Niebuhr, t. 3, p. 391 et 392, et Michelet, t. 1, p. 152 et 153.
[8] Cat., *De re rustica* (prooem.).
[9] *Id.*
[10] Denys nous apprend que Romulus donna pour occupation aux plébéiens de cultiver les terres, d'élever les troupeaux (2, 9).
[11] La solde ne fut établie qu'en 349 de la fondation de Rome.
[12] Accensaque ea cupiditas *malignitate* patrum, qui, devictis eo anno Volscis Æquisque, *militem præda fraudavere*. Quod captum est ex hostibus, vendidit Fabius consul et redegit in publicum (Tit.-Liv., 2, 42. *Junge* liv. 3, 31.)
[13] Denys remarque que sous Servius il y avait peu de riches et beaucoup de pauvres (4, 19, 21). Il caractérise ailleurs la classe des plébéiens en la représentant comme pauvre (2, 9).
[14] Tite-Live, 2, 23, a tracé admirablement ce tableau.

la récompense de son dévouement à la patrie.

Alors on recourait à des emprunts [1], et l'on allait trouver le patricien pour se faire escompter l'espérance de la prochaine victoire!

A cette époque, les patriciens étaient seuls dépositaires de la richesse territoriale et monétaire [2]. Maîtres du gouvernement par la constitution primitive de Rome [3], ils joignaient à l'autorité la prépondérance de la fortune, qui chez les Romains était considérée comme la compagne nécessaire du pouvoir [4]. Autant la guerre était ruineuse pour les plébéiens, autant elle ajoutait à l'aisance des patriciens [5]; car c'était presque toujours à leur profit que se faisait le partage des terres conquises [6], de cet *ager publicus* qui plus tard, et si longtemps, agita Rome de si violentes convulsions [7].

Dans cette situation, les patriciens se présentaient naturellement pour être (si je peux parler ainsi) les banquiers des plébéiens, et ils ne comprirent que trop bien tout le parti qu'ils pouvaient tirer des usures pour augmenter leur prépondérance.

C'est un triste fait à noter dans l'histoire, que le double caractère du patriciat romain, tout à la fois impitoyable dans son avidité, et impitoyable dans son ambition. Notre aristocratie féodale, à qui tant de reproches ont été faits, et qui en a mérité beaucoup, fut sans doute orgueilleuse, vaine, et trop remplie de dédains injurieux pour ce peuple qui est devenu la nation. Mais, du moins, l'avarice ne méla pas ses souillures à son goût hautain de supériorité. Elle fut libérale envers les classes inférieures; elle répandit à pleines mains les concessions de terres, les censives, les emphytéoses, les droits d'usage, et dota les vassaux d'avantages fonciers qui ont été le premier élément du bien-être du tiers état. Au contraire, l'aristocratie romaine, toujours jalouse du peuple comme d'un ennemi [8], eut pour système de le maîtriser autant par le pouvoir que par la pauvreté. Elle se fit donc usurière. Pendant longtemps, les usures sont un sujet lamentable de dissensions entre les patriciens et les plébéiens; elles reviennent d'époque en époque comme un des accidents les plus remplis d'angoisses de la vie publique du peuple romain. Après la guerre du dehors, ce n'est pas encore pour le soldat la paix au dedans. Quand on a fini de se battre, on revient à Rome pour y trouver d'autres ennemis, qui comptent avec une procédure terrible le jour où leur appartiendront la liberté et la vie du centurion qui vient de verser son sang pour la patrie [9].

Jusqu'à la loi des Douze Tables, les usures avaient été abandonnées à la volonté indiscrète des créanciers. La monnaie était de cuivre non frappé. Elle était lourde, rare, d'une circulation difficile [10]. Elle devait par conséquent se prêter à haut prix, d'après les lois constantes de l'économie publique. Mais à sa cherté naturelle, les créanciers, c'est-à-dire les patriciens, ajoutaient les dures conditions d'une politique oppressive et cupide, et les débiteurs subissaient le joug d'usures ruineuses.

D'un autre côté, un système de responsabilité attesté par des témoignages nombreux, certains, et conformes d'ailleurs à

[1] Tite-Live, *loc. cit.*

[2] Denys, 2, 9, le donne clairement à entendre.

[3] Denys, 2, 9.

[4] *Id.*

[5] *Patres militarent* (disent les plaintes du peuple), *patres arma caperent, ut penes eosdem pericula belli,* PENES QUOS PRÆMIA ESSENT. (Tite-Live, 2, 24.

[6] Tite-Live, 2, 41 : *Id multos patrum,* IPSOS POSSESSORES, *periculo rerum suarum tenebat.*

[7] *Id*, *loc. cit.* : *Tum primum lex agraria promulgata est; nunquam deinde, usque ad hanc memoriam, sine maximis motibus rerum agitata.*

[8] *Malignitas patrum* se voit à chaque ligne dans l'histoire romaine. (Tite-Live, 2, 42.)

[9] Tite-Live, 2, 23, a là-dessus un récit plein de faits curieux et intéressants.

[10] Lorsque les patriciens réunirent le capital nécessaire pour la solde des troupes, en 349, ils furent obligés, comme l'argent n'avait pas d'empreinte, de faire voiturer au trésor, sur des chariots, de lourdes charges de cuivre. (Tite-Live, 4, 60.)

toutes les vraisemblances historiques, rendait le débiteur garant sur sa tête de ses obligations. Son insolvabilité le faisait tomber dans l'esclavage; il devenait la propriété de son créancier [1] qui désormais pouvait exercer sur lui tous les droits redoutables de la puissance dominicale. Or, un de ces droits était de mettre l'esclave à mort, et dès lors, par une conséquence inévitable, la déconfiture du débiteur laissait sa vie à la merci du créancier [2]. Je ne conçois pas que Montesquieu [3], qui posséda à un si haut degré l'esprit des lois antiques, ait eu des scrupules sur ce droit sanguinaire, mais inné chez tous les peuples barbares; je me propose de réfuter, dans une dissertation spéciale, l'erreur de Bynkerskoeck et autres jurisconsultes qui, mettant les idées chrétiennes à la place des sombres et terribles conceptions du droit primitif, n'ont vu qu'une allégoire ou des assertions hasardées dans les monuments historiques qui attestent cette puissance que la dette non payée fait acquérir sur la vie du débiteur. Quand on voit la première législation romaine rendre le père maître de la vie de son fils, l'époux maître de la vie de sa femme, le citoyen maître de la vie de son esclave, le vainqueur maître de la vie du vaincu, je ne sais pourquoi l'on s'étonne du droit de vie et de mort attribué au créancier sur la personne du débiteur. Le débiteur a invoqué les dieux: il a engagé sa parole par les liens religieux et civils de la formule consacrée : si cette parole solennelle n'est pas tenue, il devient un coupable [4], il est dévoué. Il faut une expiation sanglante, un sacrifice à la foi jurée [5]. Ce droit du créancier exista chez les anciens Grecs, avant Solon [6]. La coutume féodale des Norwégiens en contient la procédure atroce [7]. Les législations locales du moyen âge, bien qu'adoucies par le christianisme, nous montrent partout le débiteur insolvable traité en criminel et condamné aux plus rudes expiations. N'étudions pas la barbarie avec la préoccupation de nos idées modernes. La barbarie, qui prodigue le sang des hommes par les supplices, qui offre aux dieux des victimes humaines [8], qui immole ou dépouille le voyageur et le naufragé, qui tue le veillard [9], etc.; la barbarie, dis-je, a des secrets formidables. Pour les pénétrer, la civilisation doit oublier un instant les habitudes de douceur et d'équité dont elle doit principalement le bienfait au christianisme.

Nous disons donc que, d'une part, les usures illimitées absorbaient le patrimoine du débiteur; que, de l'autre, la perte de son patrimoine entrainait la perte de sa liberté et le droit de mort [10]. Ces deux événements se liaient l'un à l'autre par une fatale et inévitable nécessité.

Cependant le peuple ne pouvait supporter sans se plaindre un tel excès dans le mal. Les dettes étaient générales : elles étaient accablantes [11], et ce qu'il y avait de pis, c'est que les patriciens étaient dans leur droit [12] ! Les séditions éclataient, et les plébéiens, que la loi ne protégeait pas, se protégeaient eux-mêmes par le refus du service militaire [13], par le mépris des décrets des consuls qui ordonnaient l'adjudication des débiteurs,

[1] *Voy.* Saumaise, *De fœnore trapezit.*, préface, p. 67, 68.

[2] Mon *Comm. des hypothèques*, n° 2. — Niebuhr a très-bien soutenu cette opinion, t. 4, p. 390 et 391.

[3] Liv. 29, ch. 2.

[4] C'est pourquoi, chez les Perses, le plus grave méfait était de s'endetter ; le mensonge ne venait qu'après. (Plutarque, *De vitando ære alieno.*)

[5] Dans Tite-Live, Suffetius est tiré à quatre chevaux parce qu'il a manqué à sa foi ; 1, 28.

[6] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, Préface, p. 67 et 68.

[7] Grimm, *Antiq. du droit germ.*, 4, 3.

[8] César, *De bello gallico*, 6, 16.

[9] Michelet, *Orig. du droit*, p. 414 et 415.

[10] Le centurion que Tite-Live met en scène dit au peuple, en montrant ses épaules toutes déchirées de coups de fouet : « *Æs alienum fecisse; id, cumulatum » usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde » fortunis aliis; postremo, velut tabem, pervenisse ad » corpus. Ductum se a creditore,* non *in servitium, sed in » ergastulum et carnificinam esse.* » (2, 23).

[11] *Totam plebem ære alieno demersam esse*, disait le consul Lartius (Tite-Live, 2, 29).

[12] Tite-Live, 2, 30, nous apprend que ceux qui proposaient d'abolir les dettes étaient accusés de *totam fidem tollere.*

[13] Tite-Live, 2, 21, 27, 28.

par les révoltes pour les délivrer de leurs fers [1], par des soulèvements pleins d'emportement et de violence [2]. Pour apaiser le peuple on lui faisait des promesses, arrachées par le danger; le danger passé, on les éludait [3]. Enfin les plébéiens, poussés à bout, se retirèrent sur le Mont-Sacré [4]. Le fameux apologue de Ménénius Agrippa ne dépeint pas avec exactitude la situation des parties belligérantes. Si l'estomac se nourrit du travail des autres parties du corps, il leur rend à son tour la nourriture et la vie. Mais les usuriers s'engraissaient de la substance du peuple et ne lui laissaient que les tributs, les fatigues de la guerre et la servitude.

Les plébéiens le comprirent : ils exigèrent l'institution du tribunat [5], qui eut une influence si grande sur les destinées de la république. Cette magistrature populaire sortit des maux causés par les usures. Que fit-elle pour les faire cesser? Il est remarquable qu'elle ne songea d'abord ni à demander la diminution de l'intérêt, ni l'adoucissement de la procédure; ses premières vues se portèrent sur le partage de l'*ager publicus* et sur les lois agraires [6]. La question des dettes, qui a si vivement occupé l'histoire avant la retraite sur le Mont-Sacré, disparaît tout à coup, et se trouve comme absorbée par la proposition des lois agraires, et puis, par la demande de lois politiques de garanties et d'égalité [7].

Mais la refonte du droit public et privé, accordée comme transaction au tribunat [8], et formulée dans la loi des Douze Tables, prouve que le mal des usures, pour être silencieux, n'en exerçait pas moins ses ravages, et qu'un remède parut nécessaire à la puissance tribunitienne; car une disposition de la loi des Douze Tables, entièrement contraire aux habitudes grecques consultées par les auteurs de cette loi [9], renferme le taux de l'intérêt dans des limites fixes [10], et punit de la peine du quadruple le prêteur qui les dépasserait [11].

Montesquieu [12] a prétendu que la loi des Douze Tables ne s'est jamais occupée de cette matière, et il repousse le témoignage de Tacite, à qui nous devons la connaissance de ce fait important. Mais comment supposer que Tacite ait poussé l'ignorance des antiquités de son pays jusqu'à ne pas connaître cette loi des Douze Tables que tout le monde, à Rome, savait par cœur? Ignore-t-on d'ailleurs que Caton, plus rapproché que Tacite de cette loi respectée, attribue à l'amende du quadruple la même origine qu'à l'amende qui punissait le voleur? Or, est-il quelqu'un qui mette en doute que cette dernière amende ait été portée par la loi des décemvirs [13]?

Il est vrai que Tite-Live nous apprend que quatre-vingt-seize ans plus tard, en 398 [14], les tribuns du peuple M. Duilius et L. Menius présentèrent et firent adopter une loi sur l'intérêt du prêt : *de unciario fœnore*. Mais je ne vois pas que cette circonstance infirme le moins du monde le fait attesté par Tacite. Qu'y a-t-il d'inconciliable entre cette loi rendue par voie de rogation, et la loi des Douze Tables? N'est-il pas clair que la seconde en date a été la confirmation de la première, méconnue, violée, dans l'espace d'un siècle, par l'avarice des patriciens [15]?

Mais quel fut le taux de l'intérêt fixé par les Douze Tables? Il est peu de points plus controversés dans l'histoire du droit.

---

[1] Tite-Live, 2, 27 ; il décrit ces scènes.
[2] *Id.*, 27, 28, 29.
[3] *Id.*, 31.
[4] *Id.*, 32.
[5] Tite-Live, 2, 33, an 261. — Montesquieu, liv. 12, ch. 21.
[6] Tite-Live, 41, 42 : « *Tribuni plebis popularem » potestatem lege populari celebrabant.* » — *Junge* 43, 44, 48, 52, 54, 61.
[7] *Voy.* la proposition d'Arsa, tribun, pour limiter les droits des consuls et contenir l'orgueil des patriciens. (Tite-Live, 3, 9.)

[8] Tite-Live, 3, 31, lui donne évidemment ce caractère. L'an 302 de la fondation de Rome.
[9] *Id.*, 32.
[10] Tacite, 6, *Annal.*, 16.
[11] Cato, *De re rustica* (in proœm.).
[12] Liv. 22, ch. 22.
[13] *Junge* Niebuhr, t. 5, p. 73.
[14] 7, 16.
[15] Aussi Tite-Live dit-il que la loi des tribuns ne fut pas agréable aux patriciens, *haud æque læta patribus.*

Les uns veulent que ce soit l'intérêt de 100 pour °/₀ par an, ou d'un douzième de l'as par mois. Dans ce calcul, on prend l'as comme type du capital prêté; et comme l'as, ou livre romaine, valait douze onces, on suppose que le créancier exigeait par mois une once d'intérêt ou le denier douze; de là l'expression d'*unciarium fœnus*, employée par Tacite et par Tite-Live. On voit que, suivant cette hypothèse il ne fallait qu'un an pour que l'intérêt égalât le capital [1]. Je dirai tout de suite que cette opinion, assez en vogue au XVIᵉ siècle, n'a presque plus de partisans aujourd'hui [2]; on en a reconnu l'exagération et l'impossibilité. Une législation sur le taux des intérêts de l'argent prêté doit nécessairement prendre sa règle comparative dans le produit de l'argent appliqué au commerce, ou dans le produit des terres. Or, les affaires qui rapportent capital pour capital sont si rares, qu'une loi serait absurde si elle les prenait pour sa boussole.

Une seconde opinion consiste à soutenir que l'*unciarium fœnus* était 12 p. °/₀ par an. Ici, on ne prend plus l'as pour capital fictif; on se réfère au nombre cent comme figurant la somme prêtée, et l'on veut que 100 onces aient dû rapporter 1 once par mois, ou 1 as par an. Ce sentiment est celui de Scaliger, de Hotman [3] et de beaucoup d'autres auteurs graves [4].

Une troisième opinion, beaucoup plus nombreuse [5] et surtout beaucoup plus accréditée dans la littérature, veut que l'*unciarium fœnus* soit 1 p. °/₀ par an. Saumaise s'en est porté l'ardent défenseur. Nous verrons tout à l'heure ses raisons; elles sont spécieuses, et si la question devait être jugée par de purs grammairiens, attachés à la lettre, elles auraient chance de passer pour les meilleures. Mais la grammaire doit se concilier avec l'histoire, et l'histoire se révolte à l'idée que la législation des décemvirs ait abaissé l'intérêt de l'argent à 1 p. °/₀ par an. Montesquieu s'y rattache cependant, malgré son grand sens. Mais, pour se mettre d'accord avec la vraisemblance historique, il change les époques, plie les faits à sa guise et méprise les autorités textuelles. Je demande donc la permission de le récuser pour cette fois, avec plus de raison qu'il n'a lui-même récusé Tacite. Je craindrais, en le suivant, de me jeter dans les systèmes

Une quatrième opinion se place entre le 12 p. °/₀ et le 1 p. °/₀ par an; elle pense que l'*unciarium fœnus* était le denier 12 par an, ou 8 1/3 p. °/₀. J'en trouve la trace dans une dissertation d'un docteur en théologie du XVIIᵉ siècle, que Saumaise a réfuté de la manière la plus hautaine [6]. Il reproche à cette opinion d'être nouvelle [7], de n'être venue dans la tête d'aucun savant [8], de mériter les sifflets [9], et autres aménités familières aux érudits qui écrivent en latin. C'est cependant cette opinion si méprisée dont Niebuhr s'est rendu l'interprète [10]; il ne la modifie qu'en un point secondaire, à savoir : que l'année étant de 10 mois, les 8 1/3 p. °/₀ pour cette année de 10 mois correspondent au 10 p. °/₀ par an de 12 mois [11]. J'avoue que c'est de ce côté que j'incline, et cette préférence, qui existait chez moi même avant que je n'eusse lu Niebuhr, s'appuie sur les considérations suivantes :

Si la loi des Douze Tables avait été une conquête violente de la démocratie sur

---

[1] Coquille, *sur Nivernais*, tit. *des Cheptels*, 21, article 13.
[2] Niebuhr, t. 3, p. 76.
[3] *De usuris et verbor. signif.*
[4] Forcellini, vº *Uncia*. — Michelet, *Histoire romaine*, t. 1, p. 154.
[5] Brisson, lib. 3, *Select. antiq.*, c. 1. — Dumoulin, *De usuris*. — Gronovius, *De pecunia*, lib. 3, c. 13; — Et Auten, 2, *De cent. et unc. usur.*, § 36. — Cujas, *Quæst. pap.*, lib. 2, sur la loi 1, Dig., *de usuris*. — Gravina, sur les Douze Tables, p. 334. — Heineccius, *Antiq.*, t. 4, p. 428. — Noodt, *De fœnore*, lib. 2, c. 2. — Pothier, *Pand.*, t. 1.
[6] *De fœnore trapezit.*, Préface, p. 64.
[7] P. 70.
[8] *Ibid.*
[9] P. 71 : *Falsissima et omnino sibilis excipienda.*
[10] T. 5, p. 80. Il déclare l'avoir trouvée dans plusieurs livres de littérature allemande.
[11] *Id.*, p. 80 et 81.

le patriciat, on comprendrait jusqu'à un certain point qu'elle eût consacré une mesure qui équivalait à l'abolition de l'intérêt de l'argent. Mais tel n'est pas le caractère de la loi des Douze Tables; elle fut une concession pacifique, une sorte de trêve volontairement consentie, une diversion à la question brûlante des lois agraires et de la diminution du pouvoir consulaire. Les patriciens y conservèrent toute leur autorité et y eurent la plus grande influence. Comment auraient-ils accepté une usure si minime qu'elle leur aurait enlevé l'une des sources principales de leur fortune et de leur puissance? Quoi! cette loi impitoyable qui consacre le droit de vie et de mort du créancier sur le débiteur, qui tout au moins le réduit en esclavage après une procédure sommaire, cette loi se serait élevée tout d'un coup à cette hauteur surnaturelle de la spéculation religieuse et philosophique, qui conseille au prêteur de ne pas prendre d'usures! Si l'on songe, de plus, que c'étaient les patriciens qui disposaient du numéraire et qui prêtaient aux plébéiens, comment peut-on supposer que cette classe avare, orgueilleuse et jalouse, dont la dureté aristocratique venait de se signaler en refusant aux plébéiens le droit de contracter mariage avec les patriciens [1], se fût tout d'un coup adoucie au point d'en venir avec eux à des rapports fondés sur l'abrogation de tout intérêt?

Ce n'est pas tout. Une législation assez stoïque pour préférer la perfection morale aux affaires du monde ne tend pas à son but par des détours puérils, et n'essaye pas timidement de cacher sous une permission dérisoire l'austérité réelle de sa prohibition. Elle fait comme la loi mosaïque et comme l'Évangile; elle dit : Vous ne prêterez pas avec intérêt; *Mutuum date nihil inde sperantes.* Mais elle ne dit pas aux prêteurs : *Vous prêterez à 1 p. % par an;* car ce serait ou une moquerie indigne du législateur, ou une hypocrisie indigne de sa foi. De telles mesures ne s'allient qu'avec une volonté énergique; elles vont à visage découvert et avec un front hardi. Elles manqueraient à leur conviction si, ayant dans le cœur l'abolition des usures, elles préféraient à un aveu solennel de mesquins faux-fuyants!

Si, après cela, on examine la question au point de vue économique, qu'y a-t-il de plus étrange qu'un intérêt de 1 p. % par an, chez une nation sans industrie, sans commerce, et dont la pauvreté était si grande, qu'au témoignage de Pline elle n'avait pas d'expression pour les nombres au delà de cent mille [2]; où l'or était tellement rare que, quelque temps après les Douze Tables, lorsque les Gaulois vendirent la paix à la ville, on ne put en trouver que la petite quantité de mille livres pesant [3]; où d'ailleurs la faible richesse métallique en cuivre, argent et or, était concentrée dans un petit nombre de mains avares [4]; où enfin la monnaie courante était rare et d'une circulation difficile! Assurément, en présence de tous ces faits, indices naturels de la cherté de l'argent, un intérêt légal de 1 p. % par an serait le phénomène économique le plus miraculeux.

Je me trompe; il y en aurait un plus prodigieux encore : ce serait la réduction de moitié de cet intérêt ridicule. Ce seraient les plaintes du peuple d'être surchargé d'une usure de 1. p. % par an! ce serait la rogation tribunitienne, en vertu de laquelle le 1 p. % par an aurait été abaissé à 1 demi p. % par an [5]!

Et quand ensuite l'histoire montre les usures accroissant la masse écrasante des dettes (nous le verrons dans un instant), on s'attend naturellement à ce que les plébéiens, forts de cette loi des Douze Tables qui punit le fénérateur injuste de la

[1] Tite-Live, 4, 4. Il ajoute : *Cum summa injuria plebis!*

[2] 33, 47 : *Non erat apud antiquos numerus ultra centum millia.*

[3] Pline, 33, 5 : *mille pondo.*

[4] Denys, 4, 19 et 21.

[5] Tacite, 7, 16.

peine du quadruple, accusent les patriciens d'être en état perpétuel d'insurrection contre elle, et réclament la punition des coupables; car enfin ce n'est pas un intérêt de 1 p. % par an qui accumule les misères du débiteur et entasse dettes sur dettes. Il faut de toute nécessité admettre que le créancier a subjugué son débiteur par une usure plus forte que l'usure légale. Eh bien, non! par une nouvelle merveille, les organes du peuple ne portent jamais contre les prêteurs l'accusation d'usure injuste; les prêteurs vantent hardiment leur droit; ce sont eux qui se prévalent de la loi, contre le vœu des tribuns, pour l'abolition des dettes; ce sont eux qui font sonner bien haut la violation du droit de propriété, la spoliation, le rapt du bien d'autrui [1]!

Pour nous faire dévorer ces invraisemblances, auxquelles on pourrait peut-être donner un nom plus sévère [2], Saumaise développe l'argumentation suivante [3] :

S'il y a quelque chose de constant dans la langue latine, c'est que l'as et ses fractions oncières, comparés au nombre cent, indiquent le rapport de l'intérêt avec le capital. L'as, qui vaut douze onces, ou bien les fractions de l'as, sont l'intérêt annuel. Le capital est formulé par le nombre cent. Il y a là-dessus toute une nomenclature reconnue pour authentique par la littérature et par le droit; et dans cette nomenclature, l'as ou les fractions de l'as sont toujours l'intérêt que le capital produit dans l'espace d'une année.

Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les 12 p. %, nous voyons, dans une inscription rapportée par Gruter [4], un certain Sextus Seleucus donner au collége des ravandeurs [5], collége dont il faisait partie, une somme de 5,000, destinée à rapporter par an 600 [6].

Le 11 p. % se trouve mentionné dans une satire de Perse; il l'appelle *deunces* [7], ou un as moins une once, ou 11 onces de produit annuel [8].

10 p. % par an est nommé *dextantes* ou *decunces* [9], c'est-à-dire 10 onces, ou un as moins 2 onces pour l'année.

Puis viennent les *dodrantes* ou *nonunciæ*, qui donnent 9 onces, ou 9 p. % par an [10];

Les *besses* [11], ou 8 onces par as, ou bien encore les deux tiers de l'as, 8 p. %: Cicéron en fait mention dans une de ses lettres [12];

Les *septunces*, ou 7 onces par an [13] : on en trouve un exemple dans un testament rédigé en grec et trouvé à Venise;

Les *semisses*, ou moitié d'un as par an, à savoir 6 p. % [14] : le jurisconsulte Modestin [15] parle d'un acte par lequel une certaine Scepticia avait fondé des jeux dans sa patrie et affecté à cette dépense l'intérêt à 6 p. % par an (*semissales usuras*) d'une somme de 30 mille; Ulpien parle de cet intérêt comme modéré [16], et il n'est modéré qu'à la condition d'être un intérêt annuel et non pas un intérêt mensuel; il y en a beaucoup d'exemples dans les inscriptions [17];

Les *quincunces*, ou 5 onces par an ou 5 p. %, intérêt appelé modeste par Perse : *quincunce modesto* [18];

---

[1] *Voy.* le discours d'Appius; Tite-Live, 6, 41 : « *Pecunias alienas et agros dono dant. Tanta dulcedo est ex* ALIENIS *fortunis prædandi !* »

[2] Niebuhr oppelle par deux fois de l'épithète d'*absurde* le système de 1 p. % par an : t. 3, p. 78, et p. 80, note 105.

[3] *De modo usur.*

[4] P. 173, *inscr.* 4.—Noodt la cite, *De fœnore*, c. 2.—Elle est aussi dans Saumaise (*De modo usur.*, c. 7, p. 273).

[5] *Collegio centonariorum*. Pétrone met au nombre des convives de Trimalcion, cet affranchi parvenu, un certain Elchion, ravaudeur (*Elchion, centonarius*), aussi affranchi, qui fait l'orateur. (*Satire* 45, trad. de Baillard, p. 54).

[6] *Quæ efficit annuos*—X,—DC.

[7] *Satire* 5.

[8] Varron, lib. 5, c. 171 : *A duodecim, una dempta uncia, deunx.*—*Junge* Saumaise. p. 251.

[9] Saumaise, p. 275.

[10] *Id.*, p. 276.

[11] *Id.*, p. 277.

[12] A Quintus, 2, 15, an 699. (Édit. Panck., t. 19, p. 206.) A Atticus, 4, 15, an 699. (Édit. Panck., t. 19, p. 214.)

[13] Saumaise, p. 277.

[14] *Id.*, p. 278. Théophile, *Inst.*, § 33, *De act.*

[15] L. 10, Dig., *de pollicit.*

[16] L. 5, Dig., *de operib. publicis.*

[17] Saumaise, p. 281.

[18] *Satire* 5.

Les *trientes*, c'est-à-dire le tiers de l'as, ou 4 onces par an [1]. Capitolinus rapporte qu'Antonin le Pieux ne prêtait pas au delà de ce taux, afin de rendre ses richesses utiles à ceux qui avaient besoin. Alexandre Sévère, au témoignage de Lampride, suivait aussi cette pratique. Il paraît que, dans ce temps, les 4 onces par an étaient l'intérêt le plus modique; car Capitolinus l'appelle *minimis usuris* [2]. Néanmoins Ulpien ne croit pas impossible qu'il y en ait de moindres dans d'autres provinces : « Ex certis causis secundum » morem provinciæ præstabit usuras, aut » *quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ* » *leviores in provincia frequentantur.* »

En effet, Scævola, dans la loi 21 Dig., *de annuis legatis*, parle d'un legs d'une somme d'argent fait par un maître à son affranchi mineur, avec clause que cette somme sera déposée chez Publius Mævius jusqu'à ce que le légataire ait atteint sa vingt-cinquième année, et qu'elle y produira 3 p. % par an, ou *quadrantes usuras* [3], c'est-à-dire le quart de l'as, ou 3 onces [4].

On ne trouve pas d'exemple de 2 p. % ou 2 onces par an [5].

Et quant à l'un p. % par an, est-il possible de douter que ce ne soit l'*unciarium fœnus* de Tacite et de Tite-Live? L'*unciarium fœnus* est celui qui rapporte 1 once p. % par an, de même que les *semisses* en rapportent 6, et que les *deunces* en rapportent 11.

Dira-t-on, avec Hotman, que l'*unciarium fœnus* donne 1 once par mois? Mais de quel droit passe-t-on du calcul par an, vrai pour tous les autres cas, au calcul par mois? De quel droit brise-t-on une série si bien liée, si harmonique? Par quelle bizarrerie l'as et ses fractions seraient-ils l'intérêt annuel, tandis que l'once seule serait l'intérêt mensuel?

Sans doute, à côté du calcul par an, ayant pour base l'as et ses fractions, il y avait aussi une manière de calculer par mois, suivant la coutume attique. C'est à cet usage, venu de la Grèce, que se réfère la *centésime*, ou les *centesimæ usuræ*, d'après lesquelles la centième partie du sort principal était payable par chaque mois [6]. Cicéron en fait assez souvent mention [7], et depuis lui il y en a de nombreux vestiges dans les lois [8] et dans la littérature [9]. La centésime donnait 1 p. % par mois ou 12 p. % par an. Le jurisconsulte Paul rapporte que, dans une affaire soumise au jugement de Papinien, préfet du prétoire, se trouvait une stipulation par laquelle une partie s'était obligée de payer à l'autre, pour chaque trente jours et pour chaque cent deniers (*in dies triginta inque denarios centenos*), un denier d'intérêt [10]. C'est bien là le calcul attique. Pomponius en donne un autre exemple dans la loi 90 Dig., *de verb. oblig.*, et une inscription rapportée par Gruter [11], après avoir précisé le don d'une somme d'argent fait à un collége pour en employer la centésime à une certaine destination, fait le calcul par an de ce que chaque mois ou chaque centésime réunis donnent à la fin de l'année.

Il faut même reconnaître que le calcul par mois avait lieu, non-seulement pour la centésime elle-même, mais encore pour les fractions de la centésime. Le jurisconsulte Paul parle d'une somme de 10,000 deniers d'argent déposée sous la condition que pour chaque mois et chaque livre il sera payé à titre d'intérêts 4 oboles : « *Ut quoad omne argentum* » *reddatur, in singulos menses, singulas-* » *que libras, usurarum nomine, quaternos*

[1] Cicér. aux lettres précitées, an 69. — Ulp., l. 7, Dig., *de adm. tutor.* — Noodt, c. 2.

[2] *Fœnus trientarium exercuisse, hoc est,* MINIMIS USURIS, *ut patrimonio suo plurimos adjuvaret.*

[3] L. 21, Dig., *de annuis legatis.*

[4] Théophile, *Instit.*, § 33, Dig., *de act.*

[5] Saumaise, p. 288.

[6] Noodt, *De fœnore*, c. 2. — Gronovius, *De pecunia*, 3, 13.

[7] *Ad Attic.*, Epist., *passim.*

[8] Paul, l. 17, § 8, Dig., *de usuris.* — Papin, l. 4, § 1, Dig., *de nautico fœnore.*

[9] Pline le jeune, 9, *Epist.* 28 : *Ego centesimas computabo.* — Gruter, Inscr., p. 175, inscr. 4.

[10] L. 40, Dig., *de reb. cred.*

[11] P. 175, inscr. 4.

» *tibi obolos subministrem* [1]. » C'est le 8 p. %. Les populations grecques de l'empire suivaient de préférence ce mode de calcul [2]. Dans cet exemple, il s'agit d'un acte rédigé en grec et émané probablement de parties familiarisées avec les habitudes grecques.

Mais ce calcul par mois, par centésime, appartient à un tout autre ordre d'idées que le calcul par as, lequel prenait l'as pour le total de l'usure annale. La centésime se tenait même tellement en dehors du calcul par as, que, pour ne lui rien emprunter, on divisait la centésime par fractions : *tertia pars centesimæ* [3]; —*usuræ ex quarta centesimæ parte* [4]; —*bessem centesimæ* [5];—*dimidiam centesimæ* [6].

Ou bien, quand on voulait dépasser le 1 p. % par mois, on disait *ternæ centesimæ* [7], *quaternæ centesimæ* [8].

Lorsque les usures dépassaient le 1 p. % par mois, cette manière de compter les intérêts était beaucoup plus commode que le compte par as; mais les Romains l'avaient ignorée avant l'extension de leur commerce avec la Grèce et l'Asie. Ce n'est que lorsqu'ils eurent des relations fréquentes avec les Grecs et les nations asiatiques que la centésime devint un mode très-fréquent de calculer [9]. Il est même le seul dont il soit question dans le titre du Digeste, *De nautico fœnore* [10]. Il ne faut donc pas importer dans l'interprétation de la loi des Douze Tables ce compte de 1 p. % par mois, introduit tardivement dans les habitudes romaines. Il ne faut pas s'écarter du calcul par an qui est le seul romain, le seul primitif. Certes, ce serait une chose bizarre que lorsque l'usure qui rapporte 4 onces par an, ou le tiers de l'as, s'appelle *trientarium fœnus*, l'usure d'un as par an ne s'appelât pas *unciarium fœnus*.

A ces raisons grammaticales, et autres encore que je crois inutile de rapporter, Saumaise ajoute les considérations que voici [11] :

Qu'on cesse de s'étonner qu'un intérêt si modique ait été consacré dans un code de lois empreint d'une grande rudesse, et destiné à un peuple pauvre et sans commerce. C'est précisément parce que ni le négoce ni la navigation ne pouvaient venir au secours des emprunteurs que ceux-ci étaient obligés d'avoir recours aux riches. Or, qu'était-ce que ces riches? Des chevaliers, des sénateurs. Car le cens et la fortune faisaient les grands dignitaires de Rome. Mais plus étaient grands les honneurs dont ces hommes étaient revêtus, plus il était digne de leur caractère d'être faciles envers les pauvres. C'est par cette raison qu'on voit, sous les empereurs, les lois défendre aux sénateurs de prêter à intérêt; c'est par cette raison que Justinien ne permet aux personnes illustres qu'un intérêt beaucoup moindre que l'intérêt ordinaire. Partant donc de cette idée, les tribuns du peuple, dont la mission était de protéger la classe pauvre contre les abus des riches et la puissance des patriciens, firent passer des lois qui, par la modicité de l'usure, concilièrent la dignité des nobles avec les besoins du peuple.

Tel est le système de Saumaise. Le grand nombre d'opinions qui sont venues s'y grouper ne m'empêche pas de le trouver insoutenable.

Et d'abord, il n'est pas besoin de grands efforts pour démontrer que ce tableau touchant de la tendresse des patriciens pour les pauvres plébéiens n'est qu'une création fantastique, réduite à rien par toute l'histoire des cinq premiers siècles de Rome. Nous citerons les faits, et l'on verra le démenti qu'ils donnent à Saumaise.

Mais, avant tout, arrêtons-nous à son

[1] L. 26, § 1, Dig., *depositi*. (Lib. 4, *Respons.*)
[2] Saumaise, p. 217.
[3] Paul, l. 17, § ult., Dig., *de usuris*. —Et Justinien, l. 26, § 1, C., *de usuris*.
[4] L. ult., C., *de petit. hæred.*
[5] L. 26, § 1, C., *de usuris*.
[6] L. 26, § 1, C., *de usuris*.
[7] Cicer. *in Verrem*, 3, 71. —Juv., 9, v. 7.
[8] 5 *ad Attic*, ult.—6 *ad Attic*, 1 et 2.
[9] Saumaise, p. 268.
[10] Papinien, l. 4, § 1, Dig., *de nautico fœnore*.
[11] *De fœnore trapezitico*, Préface, p. 74 et 75.

argumentation, que j'ai appelée grammaticale; recherchons-en la valeur.

Une première observation se présente: c'est que cette nomenclature, dont nous sommes bien loin, du reste, de contester l'authenticité, n'appartient pas à l'époque de la loi des Douze Tables; elle date des temps postérieurs, et il n'y a pas un seul témoignage d'où l'on puisse conclure qu'elle fut connue du temps des décemvirs.

Cette nomenclature, comme on l'a déjà remarqué, prend pour le chiffre solennel du capital prêté le nombre 100; mais c'est là une habitude grecque, qui ne saurait trouver sa place et avoir son explication dans l'état primitif de la société romaine. Qu'à Athènes le nombre 100 ait été choisi comme type de ce capital, on le comprend à merveille, puisque la monnaie attique la plus usitée était la mine d'argent, laquelle valait 100 drachmes. La mine se présentait donc naturellement pour servir de base au compte des intérêts. Mais à Rome, où il n'y avait pas encore de pièces d'argent, où la monnaie usitée était l'as de cuivre valant 12 onces, on ne voit pas par quelle coïncidence singulière avec les coutumes grecques le nombre 100 se serait offert aux calculateurs comme représentant du capital productif. Il est évident que les Romains ont dû faire la même opération que les Grecs, en l'appliquant à des nombres différents; et que, de même que les Grecs avaient trouvé leur type dans la mine, ou 100 drachmes, les Romains ont dû trouver la leur dans l'as ou 12 onces. De là, le denier 100 à Athènes, et le denier 12 à Rome. Cette opération est tellement naturelle qu'elle se trouve partout. Partout on a pris, pour signaler l'intérêt, l'unité détachée du capital. Sans doute, le chiffre du capital a dû varier; mais l'opération en elle-même est intrinsèquement dans les habitudes spontanées de tous les peuples. Eh bien, d'après Saumaise, les Romains, serviles copistes des Grecs, qu'ils connaissaient cependant à peine, auraient oublié leurs nombres consacrés pour s'asservir à un nombre arbitraire et factice, qui ne correspondait à rien dans leur système monétaire!

Nous soutenons donc que l'usure oncière est le douzième de l'as, ou le denier douze. Nous soutenons qu'elle donnait au créancier une once de gain pour prix des 12 onces qu'il prêtait. Nous soutenons que le capital fictif de 100, qui plus tard est devenu en vogue dans les calculs d'intérêts, est une tardive imitation de la Grèce, entièrement inconnue ou inusitée dans les premiers temps de Rome et à l'époque des Douze Tables. Nous disons qu'au lieu de ce capital fictif, les Romains avaient dans leur système monétaire national un capital réel, l'as, qui a été leur type naturel.

Saumaise a oublié dans sa dissertation, si curieuse du reste et si remplie de faits et d'érudition, un point qui, ce me semble, aurait dû lui inspirer quelques scrupules. L'usure assaire [1], c'est-à-dire celle qui fait figurer l'as non pas comme capital, mais comme produit, et dont Saumaise veut que les Romains aient eu de tout temps la pratique, l'usure assaire, disons-nous, suppose que l'as est le produit légitime de l'argent et le maximum que 100 doivent engendrer. Cela est si vrai que, dans la nomenclature de Saumaise, la langue latine n'a pas de mot consacré pour exprimer les usures supérieures à l'as; elle ne connaît de noms que pour les usures au-dessous de l'as. Or, quelle est donc la loi, ou, à défaut de loi, quel est l'usage qui aurait adopté l'as comme le maximum de l'usure permise? Il est constant qu'avant les Douze Tables rien n'assignait de limites aux usures, et que la loi décemvirale est la première qui ait fixé le taux de la production usuraire. *Nam primo*, dit Tacite, *duodecim tabulis sanctum ne quis unciario fœnore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletum agitaretur* [2]. De plus, la loi des Douze

[1] C'est le nom qu'il lui donne, *De modo usur.*, p. 267, 269.

[2] 6, Annal., 16.

Tables, soit qu'on lui prête le sens de Saumaise, soit qu'on l'interprète d'après nos idées, n'a pas donné à l'as le privilége de représenter le nombre solennel en matière d'intérêt. Comment donc serait-il possible qu'à cette époque et avant, les Romains eussent eu une nomenclature basée sur l'as, comme produit légitime du prêt? Saumaise aurait dû voir qu'il y avait là une impossibilité flagrante, et que, par un anachronisme bizarre, il faisait remonter de quelques siècles en arrière, ni plus ni moins, un usage qui n'a pris naissance que beaucoup plus tard et seulement lorsque la centésime, qui donne en résultat 12 onces pour cent onces, eut été introduite des provinces grecques parmi les populations latines. L'usure assaire n'est pas autre chose que la centésime traduite en as.

Ainsi nous ferons à Saumaise cette double objection : la théorie de l'usure assaire n'est compatible avec les quatre premiers siècles de Rome ni sous le rapport du capital qui lui sert de base, ni sous le rapport du produit usuraire qu'elle consacre. Sous le rapport du capital, elle va emprunter aux Grecs un type fictif, en désaccord avec le système monétaire romain. Attendons que les idées grecques aient envahi Rome, et ne devançons pas l'époque des Scipions [1]. Sous le rapport de l'intérêt, elle saute à pieds joints sur les temps et les révolutions et donne à l'as un rôle qu'il n'eut que beaucoup plus tard. Attendons que la loi des Douze Tables ait vieilli, et que le 12 pour cent (ou l'as pour cent onces) ait remplacé le denier douze ou l'usure oncière.

Reste un argument de texte à opposer à Saumaise. Festus parle d'une loi rendue sous Sylla pour le payement des dettes, et il appelle cette loi *lex unciaria* [2]. Le mot est précieux; c'est celui dont nous recherchons le sens. Que signifie-t-il sous la plume de Festus? la loi oncière va-t-elle prescrire quelque mesure de libération ou de règlement de compte où nous trouvions l'once mise en rapport avec le nombre 100? Nullement. Elle fait au contraire ce que nous faisons, elle ordonne au débiteur de payer un 10e (*decimam partem*). Et pour cela on l'appelle *unciaria*. C'est précisément ce que nous appliquons à l'usure appelée oncière par les Douze Tables. Nous disons que cette usure, qui était le douzième du capital quand les Romains ne connaissaient encore que l'année cyclique de 10 mois, est devenue le dixième de ce capital lorsque l'année civile de 12 mois eut remplacé l'année cyclique.

Vainement dirait-on que ce texte de Festus offre une lacune. Oui, sans doute, et cette lacune est fort regrettable; mais elle n'infirme en rien notre preuve. Que la loi oncière ait prescrit aux débiteurs de payer à leurs créanciers le dixième ou bien le douzième du capital, comme le veut Dacier [3]; ou que, revenant aux usages anciens, préférés par Sylla, elle ait entendu rétablir l'usure oncière, ou le payement du dixième du capital à titre d'intérêt, comme le veut Niebuhr [4], peu importe! Il reste toujours certain que la valeur oncière n'est pas de 1 once sur 100 onces, mais qu'elle est la douzième partie du capital réel, laquelle douzième partie a été élevée au dixième depuis la conversion de l'année cyclique en année civile. L'argument me semble victorieux et irrésistible.

Ainsi s'évanouit cette doctrine de Saumaise qui a si longtemps faussé la vérité et répandu les ténèbres sur cette partie de l'histoire romaine. Les invraisemblances, les anachronismes, font place à une explication qui rétablit l'harmonie entre les textes, les faits, les don-

---

[1] Valer. Maxim., 3, 6. C'est alors que les idées grecques commencèrent à envahir Rome.

[2] *Unciaria lex dici cœpta est quam L. Sulla et Q. Pompeius tulerunt, qua sanctum est ut debitores decimam partem.* Le reste manque ; il y a lacune dans le texte.

[3] *Voy.* sa note sur ce passage de Festus. Il ajoute : *Ut debitores duodecimam partem creditoribus solverent.* Il n'est pas nécessaire de mettre *duodecimam* à la place de *decimam*; la substitution de l'année civile à l'année cyclique explique le *decimam*, et Dacier n'y a pas fait assez d'attention.

[4] T. 5, p. 81, 82.

nées économiques et les probabilités morales.

Il faut cependant ajouter encore un mot. Nous avons avancé que l'usure oncière est le denier 12 par an. Nous n'ignorons pas cependant que quelques savants opposent à cette interprétation un usage romain qui aurait consisté à liquider les intérêts par mois; ce qui les autorise à penser que l'*unciarium fœnus* serait, non pas le denier 12, mais le 1 p. % par mois, ou le 12 p. % par an.

Cette manière de voir n'est pas plus vraie que la précédente. D'abord, si l'on se jette dans le calcul grec ayant pour type le nombre 100, on tombe dans toutes les absurdités relevées par Sanmaise; on est vaincu par l'objection insurmontable de ce savant qui demande pourquoi, si l'*unciarium fœnus* signifie 1 p. % par mois, les *deunces, decunces*, les *septunces*, les *semisses*, etc., et autres fractions de l'as, se prennent pour le 11 p. % le 10 p. %, le 7 p. % le 6 p. % par an!

De plus, il n'y a rien de moins certain, dans la période romaine qui se termine aux Douze Tables, que cet usage de liquider les intérêts toutes les fins de mois; et l'on décide avec les mœurs du temps de Cicéron et d'Auguste, modifiées par le contact de la Grèce, des mœurs de la vieille Rome, toute renfermée dans son originalité native. Je ne vois pas trop comment les Romains, livrés à la vie des camps et passant dans les légions une partie de l'année, auraient pu s'occuper tous les mois du compte des dettes. Cette habitude des liquidations mensuelles suppose chez ceux qui la pratiquent la vie sédentaire de la cité et une existence principalement commerciale. Je la comprends à merveille dans la florissante Athènes, dans ce centre d'activité commerciale et maritime; mais chez les Romains qu'absorbent les préoccupations militaires, que les Latins, les Samnites, les Étrusques, les Volsques, tiennent sans cesse en haleine et les armes à la main, j'avoue que je n'en saurais admettre facilement la possibilité [1].

Concédons cependant que le règlement était mensuel. Est-ce qu'il y a à argumenter du payement effectif des intérêts au calcul des intérêts? Nos rentes 5 et 3 p. % par an sont fixées sur la révolution d'un an, et cependant elles se payent par semestre. Réciproquement, on rencontre fréquemment des exemples de centésime ou intérêt à 1 p. % par mois, stipulée payable à la fin de l'année [2].

Comment oublie-t-on d'ailleurs que toute la série des usures assaires roule sur un intérêt annuel? Est-ce qu'on ne trouve pas à chaque instant, dans le droit romain, des preuves d'intérêts tout à la fois calculés à tant par an et payables par an [3]?

Je le répète donc : rien de plus trompeur que d'argumenter du payement effectif des intérêts au calcul des intérêts. La convention peut faire varier à l'infini l'échéance des intérêts. On peut convenir qu'ils seront soldés par an, par mois, par semaine, par jour. Il y a, dans une comédie de Plaute, la mention d'un intérêt quotidien [4]. Mais rien n'empêche qu'au-dessus de ces variétés il n'existe une règle de calcul donnée par l'usage ou par la loi, et indépendante de l'arbitraire des parties.

Nous croyons en avoir dit assez pour

---

[1] Niebuhr pense également que les règlements se faisaient par an et non par mois; il en donne plusieurs raisons (t. 5, p. 81) :

1° Pour acquitter les legs d'une dot on avait trois termes, trois années cycliques (Polybe, 33, 13).

2° Dans la vente des olives, des raisins, du vin en tonneau, le prix se réglait au bout de 10 mois, c'est-à-dire de l'année cyclique (Caton, *De re rustica*, 146, 148).

3° Les propositions des tribuns Licinius et Sextius pour le soulagement du peuple, en 379, furent de payer le capital sans intérêt en trois ans, en trois termes égaux, et non par mois. *Trienno æquis portionibus persolverentur* (Tite-Live, 6, 35).

Il en fut de même en 408; les termes de payement furent annuels (Tite-Live, 7, 27).

[2] Gruter, p. 175, *inscript.* 4. — Noodt, *De fœnore*, lib. 2, c. 1.—Constantin, l. 2, C., *de debit. civil.*

[3] Paul, l. 17, Dig., *de usuris* : « *Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras præstiturum.* »

[4] Id adeo argentum ab Danista apud Thebas sumsit fœnore;
In dies minasque argenti singulas numis.
(*Epidic.*, act. 1, sc. 1, v. 53.)

fixer la véritable signification de l'usure oncière [1]. Reprenons maintenant le fil de l'histoire, interrompu un moment par cette digression.

L'intérêt de 10 p. °/₀, autorisé par la loi des Douze Tables, n'était pas exorbitant, si l'on réfléchit à la disette du numéraire; et les plébéiens crurent avoir fait une grande conquête. Cependant il était facile de prévoir que dans une république guerrière et sans commerce, où l'emprunteur était continuellement détourné du soin de ses propres affaires par les affaires de l'État et le service militaire [2], de nombreux empêchements devaient paralyser ses moyens de libération. Il est vrai que trente-sept ans après la loi des Douze Tables, en 349, le sénat avait attribué une solde à l'armée; et ce fut sous un rapport un grand soulagement [3]. Mais, d'un autre côté, les campagnes devinrent plus longues [4], le repos de l'hiver fut souvent enlevé aux troupes [5], et les affaires domestiques n'en furent que plus négligées. Or donc, malheur au débiteur si à l'échéance de l'année le capital n'était pas remboursé! L'intérêt arriéré devenait à son tour un capital frugifère, et, au bout de quelque temps, le débiteur succombait sous la puissance écrasante de l'intérêt accumulé.

Cette conversion annuelle de l'intérêt en un capital s'appelait *versura*. Je ne discuterai pas si, comme le veut Paul Diacre, abréviateur de Festus [6], et après lui Cujas [7], le sens propre de *versura* est l'opération par laquelle un débiteur, ne pouvant payer capital et intérêts à son créancier, va prendre à intérêt chez un tiers la somme nécessaire pour échapper aux poursuites; ou bien, si la *versura* était tout simplement une conversion forcée et de plein droit du capital et des intérêts échus en une nouvelle dette productive [8]. Quelle que soit de ces deux interprétations celle qui est la plus exacte, il reste toujours certain que la *versura* comprenait implicitement la rude obligation de l'intérêt par le seul fait de l'échéance, et que cette obligation devait nécessairement amener dans un court espace de temps tous les malheurs que la dette non payée appelait chez les Romains sur la tête du débiteur obéré [9].

Après l'invasion des Gaulois et le siége de Rome, le peuple se trouva épuisé par les dépenses de reconstruction de la ville [10] et par la réparation de ses propres désastres [11]. Aussi les dettes ne tardèrent pas à revenir à l'ordre du jour [12], et la querelle, envenimée par Manlius, prit le même caractère de vio-

---

[1] On trouve dans la loi 47, § 4, Dig., *de adm. tutor.*, qui est du jurisconsulte Scævola, la mention de l'usure oncière, *uncias usuras*, et Godefroy veut que ce soit l'1 p. °/₀ par an, ce qui me paraît ridicule. Car que penser d'un testateur qui, autorisant le tuteur de son fils à se servir de l'argent appartenant à ce dernier, ne le grève que d'un intérêt de 1 p. °/₀ par an, alors que ce tuteur pouvait le faire valoir à son profit au taux légal de 12 p. °/₀? Conçoit-on qu'un père pourvoie ainsi aux affaires de son fils? Mais si vous supposez que les *uncias usuras* sont le 10 p. °/₀, tout devient raisonnable.

[2] *Voy.* les plaintes du peuple. Tite-Live, 4, 58.

[3] Tite-Live, 4, 49, 60.

[4] *Id.*, 5, 2.

[5] Comme au siége de Véies; ce qui fit murmurer les tribuns (Tite-Live, 5, 2), lesquels dirent que le peuple avait vendu sa liberté, et que le soldat allait être obligé de renoncer à ses pénates et à ses affaires : *domos et res invisere suas.*

[6] Au mot *Versura*. « *Versuram facere, mutuam pecuniam sumere, ex eo dictum est quod initio, qui mutuabantur ex aliis, non ut domum ferrent, sed ut aliis solverent, vel ut verterent debitorem.* »

[7] *Quæst. papin.*, lib. 2, sur la l. 1, Dig., *de usuris* : « *Alia fraus est* VERSURA, *ut si sumas ab aliquo pecuniam sub usuris, qua alii solvas usuras debitas, non possis, palam eidem creditori usuras usurarum dependere. Sed nisi lex prospiceret, eas clam creditori tuo dependens, dum sumeres ab uno pecuniam sub usuris, qua solveres usuras aliis debitas. Est igitur* VERSURA *mutuata pecunia sub usuris, qua dissolvebantur usuræ aliis debitæ.* »

[8] Niebuhr, t. 2, p. 384, professe cette opinion; puis, au t. 5, p. 31, il donne à *versura* le sens de P. Diacre et de Cujas.

[9] Plutarque, dans son traité de morale intitulé : *Qu'il ne faut pas emprunter à usure*, dit très-bien, nº 21 : « Ceux qui ne font que changer de banque et que faire transcrire leur nom du papier d'un usurier en celui d'un autre, se chargeans toujours les espaules, et s'embrouillans de nouvelles usures, deviennent toujours de plus en plus chargés. » Trad. d'Amyot, t. 14, p. 385.

[10] *Exhaustam impensis* (Tite-Live, 6, 5.)

[11] Nieb., t. 4, p. 394.

[12] « *Acriores quippe æris alieni stimulos esse, qui non egestatem modo atque ignominiam minentur, sed nervo et vinculis corpus liberum territent.* » (Paroles de Manlius. Tite-Live, 11, 6.

lence qu'avant les Douze Tables. Un centurion, connu par ses exploits, ayant été adjugé comme insolvable [1], Manlius accourt, il accuse l'orgueil des patriciens, la cruauté des créanciers [2] :

« Non, je ne souffrirai pas, moi le sauveur du Capitole, qu'un de mes frères d'armes soit traité comme un prisonnier des Gaulois et traîné dans l'esclavage et dans les liens [3]. » Et aussitôt il paye les créanciers et libère le débiteur *per æs et libram*. Alors le centurion montre ses blessures ; il combattait contre Véies et contre les Gaulois [4], il relevait ses pénates renversés, tandis que les intérêts, devenant sans cesse des capitaux, l'ont écrasé, bien qu'il ait payé des à-compte aussi élevés que le sort principal [5]. Le peuple s'enflamme ; les esprits s'irritent. Manlius persuade que les patriciens ont détourné l'argent de la république et recèlent plus d'or qu'il n'en faudrait pour éteindre les dettes privées [6] ; il insinue que le seul moyen pour eux de reconquérir la faveur publique, c'est d'imputer sur les capitaux des dettes les intérêts perçus [7] ; lui-même il paye sans intérêt la dette de quatre cents citoyens, et il empêche que leurs personnes ne soient adjugées et leurs biens vendus [8]. En même temps ses partisans excitent la multitude, au nom des dettes sous lesquelles elle est courbée : *Mersam et obrutam fœnore partem civitatis* [9]. Cependant, Manlius est arrêté par ordre du dictateur ; mais bientôt l'émotion populaire est au comble, et un sénatus-consulte, arraché par la sédition, lui rend la liberté [10]. L'année suivante, les débats recommencent, et la querelle fût devenue plus menaçante si l'adresse des ennemis de Manlius n'eût fait diversion à la question des dettes en accusant cet ami du peuple de tendre à la royauté. Manlius trouva dans ce mensonge le supplice auquel ses tentatives séditieuses ne l'avaient pas conduit [11].

Mais la mort de Manlius n'avait pas guéri le mal qu'il avait cherché à exploiter. En 377, la révolte reparut ; les dettes en étaient encore le sujet [12]. Il fallut suspendre, pendant une guerre survenue à l'improviste, les poursuites contre les débiteurs : *ne quis jus de pecunia credita diceret* [13]. Cette trêve fut courte. La crainte de l'ennemi évanouie, les créanciers se retranchèrent dans le droit strict. De nouvelles dettes vinrent s'ajouter aux anciennes, à cause d'un tribut pour la construction d'un mur de défense de la ville [14]. Les patriciens redoublèrent de dureté [15]. Le peuple était réduit aux abois [16]. Après l'épuisement des patrimoines, le corps des débiteurs était adjugé, et la peine acquittait la foi promise [17]. Décimée par les addictions, la population libre décroissait, elle abandonnait les élections, et la faction patricienne put se croire un moment maîtresse de l'État [18].

Mais lorsqu'un droit ébranle la propriété et atteint la liberté des masses, il ne lui sert de rien d'être fondé sur la loi. La politique l'enlève aux tribunaux et la révolte en exige le sacrifice. Deux tribuns se présentèrent donc pour relever le peuple de son abattement, C. Licinius Stolon et L. Sextius. Les dettes devinrent

---

[1] *Judicatum pecuniæ, quum duci vidisset* (Tite-Live, 6, 14).

[2] *De superbia patrum ac crudelitate fœneratorum.*

[3] *In servitutum ac vincula duci.* (*Id., loc. cit.*)

[4] Le siége de Véies eut lieu en 352, *urb. cond.* L'invasion des Gaulois eut lieu en 364..., et c'est en l'année 370 qu'eut lieu l'aventure du décurion. Il y avait donc vingt ans environ que son créancier le tenait sous le coup de sa dette.

[5] *Se militantem, se restituentem eversos penates, multiplici jam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem usuris, obrutum fœnore esse* (Tite-Live, 6, 14).

[6] *Exsolvi plebem ære alieno posse* (6, 14).

[7] 6, 15.

[8] 6, 20.

[9] 6, 16.

[10] *Id.*

[11] Il y a sur la mort de Manlius une autre version donnée par Dion. Je suis celle de Tite-Live.

[12] Tite-Live, 6 31.

[13] *Id.*

[14] *Id.*, 6, 32, an 378.

[15] *Vis patrum crescebat* (*id.*, 6, 34).

[16] *In dies miseriæ plebis crescebant* (*id*, 6, 34).

[17] *Pœna in vicem fidei cesserat.* (*Id.*)

[18] *Id.*, 6, 34. Son tableau est très-intéressant. — *Junge* Niebuhr, t. 4, p. 418.

leur champ de bataille [1], et leurs célèbres rogations donnèrent aux plébéiens, outre le consulat plébéien et le partage des terres, la diminution des dettes [2]. Il fut décidé qu'on imputerait sur le sort principal les intérêts perçus et que le payement du surplus se ferait sans intérêt en trois payements annuels [3]. Dans les séditions de Rome, on voit sans cesse la détresse des particuliers donner naissance à la liberté politique. Les dettes valurent aux plébéiens le tribunat; cent dix-sept ans plus tard (en 388), les dettes leur ouvrirent le chemin du consulat. Machiavel a bien raison de soutenir que la désunion des patriciens et du peuple fut la première cause de la liberté romaine [4].

Un historien, peu versé dans ces matières, a prétendu que la loi licinienne ne faisait que la déduction des intérêts *excessifs* [5]. Il n'y a pas dans les discours des tribuns un seul mot d'où l'on puisse conclure que l'élévation des intérêts fut une contravention à l'usure oncière établie par les Douze Tables. Au contraire, Appius, l'adversaire des rogations liciniennes, Appius, l'homme du droit strict et de la loi écrite, reproche aux tribuns de donner au peuple l'argent d'autrui et d'abolir la foi publique, fondement de la société humaine [6].

Il faut le reconnaître, la loi licinienne fut une banqueroute. Niebuhr [7], tout en l'avouant, a cherché à en atténuer la portée. Je ne goûte pas ses raisons. La suite prouva en effet que la mesure était mauvaise. Car, comme rien n'élève le prix de l'argent autant que l'incertitude dans les engagements, les patriciens, voyant le crédit ébranlé par les lois nouvelles, firent payer par des intérêts plus forts la chance des capitaux engagés dans les prêts. On s'écarta du taux fixé par les Douze Tables et jusqu'alors respecté. En 398, c'est-à-dire dix ans après la loi licinienne, il devint nécessaire de remettre en vigueur l'usure oncière; ce fut le soin d'une loi présentée par les tribuns M. Duillius et L. Menius, loi combattue par les sénateurs et acceptée avec empressement par le peuple [8]. Puis, dix ans encore après, en 408, une nouvelle intervention de l'État dans les affaires privées porta atteinte au crédit et ne satisfit personne. Une loi décréta que les dettes s'acquitteraient en quatre payements égaux, dont le premier comptant, et le reste dans l'espace de trois ans. L'usure oncière fut réduite au taux de 5 p. % [9], évidemment trop faible pour la situation économique dans laquelle Rome se trouvait. Le sénat avait cru concilier le respect dû à la bonne foi avec le soin des malaises privés. Le peuple murmura cependant [10], et ne se crut pas soulagé. Il paraît que trois ans après [11] les séditions éclatèrent, et que, suivant quelques historiens dont la véracité n'inspire pas à Tite-Live une entière certitude, une loi proposée par le tribun Genucius aurait aboli tout à fait l'intérêt du prêt [12]. De telles mesures sont insensées; si celle-ci fut réellement prise, comme Tacite paraît le croire [13], sans toutefois discuter les

[1] « An placeret, disaient-ils, fœnore circumventam plebem potius quam sorte creditum solvat, corpus in nervum ac supplicia dare, et gregatim quotidie de foro addictos duci, et repleri vinctis nobiles domos? et ubicunque patricius habitat, ibi carcerem privatum esse? » (Tite-Live, 6, 36.)

[2] *Voy.* dans Niebuhr l'histoire des rogations liciniennes et leur conclusion, t. 5, p. 1 à 43.

[3] Tite-Live, 6, 35. — Montesquieu, liv. 22, ch. 22.

[4] Io dico che coloro che dannano i tumulti fra i nobili et la plebe, mi par che biasimino quelle cose che furono prima cagione di tenere libera Roma (*Disc.*, lib. 1, capit. 4).

[5] Vertot, t. 2, p. 268.

[6] *Pecunias alienas dono dant... fidem abrogari, cum qua omnis humana societas tollitur* (Tite-Live, 6, 41).

[7] T. 5, p. 31.

[8] Tite-Live, 7, 16.

[9] *Semunciarum tantum, ex unciario fœnus factum.*

[10] *Et sic quoque parte plebis affecta* (*id.*, 7, 27.

[11] En 413.

[12] Tite-Live, 7, 42 : *Præter hæc invenio apud quosdam L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum, ne fœnerare liceret.... quæ, si omnia concessa sunt plebi, adparet, haud parvas vires defectionem habuisse.*

[13] *Postremo vetita versura* (7, Annal., 16. — C'est du moins le sens qu'on attribue ordinairement à ce passage, où *versura* serait pris comme synonyme de prêt à intérêt. — Saumaise, *De usuris*, ch. 1 ; — Et ch. 12, p. 347 ; — Ch. 17, p. 519 ; — Et *De modo usurar.*, p. 291, 292, 293. — Il est certain, en effet, que *versura* se prend souvent dans le sens de prêt à intérêt. Cicer., *Tuscul.*, 1, 42 ; *pro Cælio*, 16 ; *ad Attic.*, v, 21 ; *pro Fontejo*, 4 ; *pro Flacco*, 9.

doutes de Tite-Live, elle ne dut pas longtemps survivre à la rébellion qui l'avait conçue; et je n'hésite pas à croire avec Saumaise qu'elle ne fut pas observée [1]. Toute la suite de l'histoire démontre que l'usure continua à être un produit de l'argent. Qu'était-ce, par exemple, que ce créancier dont la violence impudique sur son jeune *nexus* fit modifier le système de responsabilité corporelle des débiteurs? C'était un préteur à intérêt, ainsi que Denys d'Halicarnasse l'atteste formellement [2]. Le pieux jeune homme qui, pour pourvoir aux funérailles de son père, tribun militaire de la malheureuse armée des Fourches Caudines, avait pris de cet homme de l'argent à usure, ne put le payer à l'échéance, et, subissant sans se plaindre la dure législation des *nexi*, il travaillait comme un esclave dans la maison du créancier pour éteindre capital et intérêts.

Puis, si du IVe siècle nous passons au Ve, à l'époque où Plaute cachait sous le *pallium* grec la peinture des mœurs romaines, ne voyons-nous pas le prêt à intérêt rappelé sans cesse dans les comédies de ce poëte, comme un acte habituel, patent, et que rien ne réprouve [3]?

Enfin, Caton, contemporain de Plaute, ne faisait-il pas l'usure maritime, la plus chère de toutes, et ne donnait-il pas à son fils le conseil d'augmenter sa fortune par ce moyen, plus fructueux que l'agriculture [4]?

Tous ces faits cadrent mal avec la prétendue loi *Genucia*. J'admettrai bien, si

[1] *De modo usurar.*, p. 292.

[2] *De virtut. et vitiis*, ann 462. « Adolescens quidam Publii filius, unius e tribunis militaribus qui se exercitumque omnem dediderant Samnitibus, et sub jugum missi fuerant, in maxima egestate derelictus, pecuniam fœnori accipere ad celebrandum patris funus coactus est, sperans propinquorum liberalitate se propediem hoc ære alieno liberatum iri. Verum, spe sua frustratus, cum dies cessisset, abductus est in nexum juvenis forma haud invenustus. Is cum operas ac ministeria, quæcumque servos præstare dominis jus fasque est, creditori exhiberat, *ferebat id moderate*. Sed cum stuprum juberetur pati, tum vero indignari cœpit et flagitium prorsus aspernatus est..... Proinde plebs .... accusatum a tribunis plebis creditorem capite damnavit. Atque ob hunc casum cuncti qui, ob æs alienum, nexi erant, lege lata soluti, pristinam libertatem recuperarunt. »

Tite-Live ne s'accorde pas avec Denys pour les dates et les noms (8, 28). Il place ce fait en 429.

Valère-Maxime a aussi sa version (6, 1, 9).

Montesquieu concilie tout cela en voulant que ces auteurs aient parlé de deux faits différents (liv. 12, ch. 21).

Mais Niebuhr soutient avec plus de vraisemblance que c'est le même événement (t. 5, p. 211 et 405).

Junge Varron, 7, 105. Il fait connaître une circonstance importante omise dans Tite-Live.

[3] Plaute mourut en 570; il florissait en 535, au commencement de la deuxième guerre punique, un siècle après ces événements.

Voici quelques passages :

1° CALIDORUS.

. . . . Quid, si non habui (*argentum*)?

BALLIO.

Amabas? invenires mutuum,
Ad Danistam devenires, adderes fœnusculum;
Subripuisses patri.

(*Pseudolus*, act. 1, sc. 3, v. 273.)

2° ARGYRIPPUS.

« Supplicabo, exobsecrabo, ut quemque amicum videro.
» Dignos, indignos adire, atque experiri certum 'st mihi.
» Nam si mutuas non potero, certum 'st, *sumam fœnore*. »

(*Asinar.*, act. 1, sc. dern., *in fine*.)

3° Qui triduum hoc unum modo foro operam assiduam dedi,
Dum reperiam qui quæritet argentum in fœnus.

(*Asinar.*, act. 2, sc. 4.)

4° Sub veteribus, ibi sunt qui dant, quique accipiunt fœnore.

(*Curculio*, act. 4, sc. 1).

5° Id adeo argentum ab Danista apud Thebas sumsit fœnore.

(*Epidic.*, act. 1, sc. 1, v. 53. *Voy.* aussi act. 2, sc. 2, v. 234)

6° Quos quidem quam ad rem dicam in argentariis
Referre habere, nisi pro tabulis, nescio,
Ubi æra perscribantur usuraria.

(*Trucul.*, act. 1, sc. 1, v. 52.)

[4] Plutarque, *Marcus Cato*, 45; trad. d'Amyot.

« Mais, à la fin, il devint un peu trop âpre et trop ardent à acquérir, et abandonna le labourage, disant que l'agriculture étoit de plus grande délectation que de grand profit. Pourquoi, afin que son argent fût mieux assuré et de plus grand revenu, il se mit à acheter des lacs et des estangs, des bains naturels d'eau chaude..... Davantage, il presta son argent à usure, et encore à usure maritime, qui est la plus réprouvée et la plus blasmée de toutes, parce qu'elle est la plus excessive, et le faisoit en cette sorte : il vouloit que ceux à qui il prêtoit son argent pour trafiquer sur mer associassent plusieurs autres marchands avec eux, jusqu'au nombre de 50, et qu'ils eussent autant de navires, et lors il entroit en la société pour une partie seulement, laquelle il faisoit manier par un de ses serfs affranchis qui s'appeloit Quintion, et estoit en cela son facteur, navigateur et trafficant avec les autres parsonniers de la société à qui il avoit prêté son argent à usure. Par ainsi ne mettoit-il pas tout son argent au hasard de la fortune, ains une petite partie de son sort principal seulement, et en tiroit un bien gros profit de l'usure. Qui plus est, il prêtoit aussi de l'argent à ses propres esclaves, qui en vouloient pour acheter d'autres jeunes serfs, lesquels ils enseignoient et dressoient à quelque service, aux despens même de Caton, puis les revendoient au bout de l'an, et Caton en retenoit plusieurs pour soi-même. Il incitoit son fils à faire aussi profiter son argent.... Il osa dire que celui étoit homme divin et digne de louange immortelle, qui par son industrie augmentoit tellement ses facultés, que l'économie qu'il y ajoutoit montoit plus que le principal qu'il avoit hérité de ses parens.

l'on veut, qu'un tribun violent aura eu la pensée de supprimer l'intérêt de l'argent, croyant se rendre agréable à la multitude. Mais il n'est pas vrai que l'exécution ait répondu à la pensée. Dans les troubles civils, la volonté ne manque pas pour émettre des idées radicales, absolues, révolutionnaires. Mais la constance n'y est pas pour les faire vivre. Combien d'actes que notre *Bulletin des lois* conserve pour mémoire, et qui n'ont heureusement jamais fait une impression réelle sur la société!

Les lois sur l'usure oncière et sémoncière étaient donc toujours en vigueur. Mais vainement elles enchainaient l'avarice des créanciers. Voici le moyen dont ceux-ci s'étaient avisés. Comme les Latins et les alliés de la république n'étaient pas liés par ces lois, les créanciers se servaient du nom d'un Latin ou d'un allié, derrière lequel ils se cachaient pour se faire promettre par leurs débiteurs des usures illimitées. Ces prêts par interposition de personnes étaient devenus si fréquents, que la cité en était ruinée. Des mesures furent prises. On obligea les Latins et les alliés à déclarer la somme des capitaux prêtés sous leurs noms. Elle était énorme. En conséquence, la loi Sempronia, voulant remédier à ces fraudes, établit que les alliés et les Latins seraient gouvernés par le droit romain sur les dettes [1].

Je le disais il n'y a qu'un instant, le taux de 5 p. °/₀ n'était pas en rapport avec l'état de la société. On finit par le reconnaître, et du temps de Cicéron un sénatus-consulte fixa désormais l'intérêt à 12 p. °/₀ par an.

Expliquons les causes de ce changement. Cujas ne les trouvait pas claires : *non liquet* [2] ; et Saumaise avait promis de les mettre en lumière dans un ouvrage qu'il voulait intituler *De usuris justinianeis*, et qu'il n'a pas fait.

Rome avait tourné ses idées vers le commerce et la navigation [3], et ses relations fréquentes avec la Grèce, en même temps qu'elles avaient développé chez elle le génie littéraire et philosophique, n'avaient pas médiocrement contribué à exciter le génie du négoce et des entreprises maritimes. Beaucoup d'habitudes grecques s'étaient alors introduites dans la vie privée des Romains; le costume [4], la religion [5], les arts, le langage, l'éducation, les mœurs intimes de la famille, l'ameublement [6], tout avait ressenti le contact d'une nation élégante et polie, dont la civilisation douce et l'esprit brillant séduisirent ses vainqueurs. Cette influence de la mode ne manqua pas d'agir sur la spéculation la plus en faveur chez les Romains, à savoir, l'exercice de l'argent. Avant tout, remarquons que la monnaie, ayant commencé à être frappée après la défaite de Pyrrhus [7], était devenue plus légère et plus courante; l'or était entré par grosses sommes dans le trésor après la défaite de Persée et avec les dépouilles de la Macédoine [8]; sous les Scipions, l'argent, à Rome, était fort abondant [9]; il le devint encore davantage après la prise de Carthage [10] et l'extension des conquêtes de Rome.

---

[1] Ceci se passait en 560.

« Civitas fœnore laborabat ; et quod, quum multis fœ-
» nebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis
» inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus,
» nomina transcriberent. Ita libero fœnore obruebant
» debitores..... Postquam professionibus detecta est ma-
» gnitudo æris alieni, per hanc fraudem contracti,
» M. Sempronius, tribunus plebis, ex auctoritate patrum
» plebem rogavit, plebesque scivit, ut cum sociis ac no-
» mine latino, pecuniæ creditæ jus idem, quod cum civi-
» bus romanis, esset. » Tite-Live, 35, 7.—Montesq., 22, ch. 22.

[2] Ad lib. 2, *Quæst. Papin.*, sur la loi 1, Dig., *de usuris.*

[3] *Voy.* la Préface de mon *Comm. de la société.*

[4] Scipion allait quelquefois vêtu à la grecque (Valer.-Maxim., 3, 6.

[5] Michelet, *Hist. rom.*, t. 2, p. 73.

[6] Plaute, *Truculentus*, act. 1, sc. 1 : *Armariola græca.*

[7] Pline, 33, 13.

[8] *Id.*, 33, 17.

[9] *Id.*, 33, 48.—« Tanta abundantia pecuniæ erat, ut » eam conferret L. Scipioni, ex qua is ludos fecit. »

[10] *Id.*, 33, 50.

Donc, au v[e] siècle [1], lorsque le commerce et la richesse eurent pénétré dans cette ville, les patriciens ne furent plus les seuls qui prêtèrent à intérêt. Tous ceux qui avaient des capitaux cherchèrent à les faire fructifier par le *fœnus*. Il y eut même une classe d'hommes qui fit profession de prêter à intérêt sous la protection de l'autorité publique. Ce furent les banquiers. Cette profession existait en Grèce ; elle y était honorée à cause de la richesse et du crédit de ceux qui l'exerçaient [2]. On appelait les banquiers *trapezitæ* [3], du nom de la table de bois sur laquelle ils exposaient leur argent. Ils étalent quelquefois nommés par les villes [4] ; ils faisaient le change, ils essayaient les monnaies [5], ils recevaient les fonds des particuliers, à qui ils payaient des intérêts [6], et ils prêtaient à ceux qui avaient besoin d'argent [7]. Quelque lucrative que fût cette profession, elle était environnée de tant de chances de perte, qu'on y faisait souvent faillite [8] ; c'est pour cela qu'on voit dans Isocrate qu'à la mort de Pasion, célèbre banquier d'Athènes, qui, outre sa banque, avait laissé une fabrique d'armes, son fils aîné, Apollodore, ayant le choix de ces deux branches de commerce, préféra la fabrique, quoique moins lucrative [9].

A Rome, nous trouvons les banquiers établis du temps de Plaute. Cet auteur en met un en scène dans sa comédie de *Curculio*. Le banquier Lycon n'y joue pas le rôle le plus honorable. Financier impitoyable pour les autres, il trouverait fort bon d'établir la balance de ses comptes en ne payant pas ce qu'il doit [10]. Usurier et mauvaise langue, il force un médisant à lui rappeler les lois faites contre les prêteurs endurcis et à lui tenir ce langage :

« Non, vous ne valez pas mieux que » les prostitueurs. Ceux-ci, au moins, » vont cacher loin des regards leur in- » fâme commerce : vous, vous l'étalez » en plein forum. Eux, c'est par la sé- » duction qu'ils perdent les hommes ; » vous, c'est par l'usure que vous les as- » sassinez. Le peuple a rendu contre vous » beaucoup de lois. Mais à quoi bon les » lois ? vous les violez sans cesse ; vous » avez toujours quelque biais, quelque » faux-fuyant : vous comparez les lois à » l'eau bouillante qui ne tarde pas à se » refroidir [11]. »

Cette foudroyante apostrophe sent le voisinage de la loi Sempronia. Le *Curculio* fut en effet représenté vers cette époque [12].

Les banquiers portaient à Rome le nom de *trapezitæ* [13], *argentarii* [14], *mensarii* [5] ; ils étaient obligés de tenir leurs comptoirs ouverts toute l'année [16] ; et ces comptoirs, *tabernæ argentariæ*, espèce de propriété patrimoniale, se vendaient [17], ou se louaient [18], ou s'exploitaient par des préposés ou des esclaves [19]. C'est là que se réunissaient les oisifs pour

[1] De 500 à 600, *urbis cond.*

[2] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 13. Il cite Isocrate.

[3] *Id.*, Saumaise, *loc. cit.*, p. 327. — *Junge* Cicer., *pro Flacco*, 19.

[4] Cicer., *pro Flacco*, 19.

[5] Saumaise, *loc. cit.*, p. 552, 582.

[6] *Id.*, p. 562.

[7] Plaute, *Truculentus*, act. 1, sc. 1, vers 52 et suiv. — Saumaise, p. 582.

[8] C'est pourquoi Plaute les appelle « *quibus credas male.* » (*Curcul.*, act. 4, sc. 1.) — *Voy.* ce qu'il fait dire à Lycon, act. 3, sc. 1. — Justinien en disait plus tard : « *Mutui obligationes periculo plenæ accedunt.* » (Nov. 136). — Saumaise, p. 560.

[9] Isocrate, *De trapezitico.* — Saumaise p. 538. — La fabrique donnait 60, et la banque 100.

[10] *Curculio*, act. 3, sc. 1.

[11] *Curculio*, act. 4, sc. 2 :

« Parissumi estis ibus.
» Hi saltem in obscultis prostant, vos in foro ipso.
» Vos fœnore, hi male suadendo et lustris lacerant homines.
» Rogitationes plurimas propter vos populus scivit.
» Quas rogatas rumpitis ; aliquam repertis rimam.
» Quasi aquam ferventem, frigidam esse, ita vos putatis leges »

[12] La pièce fait allusion au siége de Smyrne, de 558 à 560. — La loi Sempronia est de 560.

[13] Plaute, *Curculio*, act. 3, sc. 1, v. 429.

[14] Plaute, *Asinaria*, act. 1, sc. 1. — *Truculentus*, act. 1, sc. 1.

[15] Cicéron, *pro Flacco*, 19.

[16] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 571.

[17] Ulp., l. 32, Dig., *de cont. empt.*

[18] Saumaise, p. 542, d'après Démosth. *in Phormione.*

[19] Saumaise. p. 579 et 701.

faire la conversation [1], et les courtisans pour tenter les oisifs [2]. Ces comptoirs se tenaient au forum, près du temple de Castor [3].

Du reste, cette profession publique n'empêchait pas les particuliers de faire valoir leur argent à intérêt, et si les banquiers eurent le monopole du change, ils n'eurent pas celui du *fœnus* [4]. L'autorité étant fondée à Rome sur le cens, c'est-à-dire sur l'argent, les maîtres de la richesse étant en même temps les maîtres de l'État, il y eut une émulation ardente pour augmenter son patrimoine, et l'exercice de l'argent continua à tenir le premier rang parmi les moyens d'y parvenir. Cet exercice était gêné à Rome : on se répandit dans les provinces pour y trouver la liberté des usures que la loi civile n'y atteignait pas; l'agriculture, trop peu productive, fut négligée par ses meilleurs amis [5] pour les usures maritimes, qui donnaient de grands bénéfices. Rome était devenue une immense exploitation du reste du monde, et malheureusement, dans cette machine ainsi mise en mouvement, les choses n'avaient pas été arrangées pour que le bien-être, parcourant tous les degrés, se communiquât des hautes classes aux régions inférieures de la société. La classe moyenne, restée fidèle aux vieilles préférences du peuple romain, à l'agriculture et à la vie militaire, s'éteignait rapidement dans les fatigues de la guerre [6] et par les usures. Aux deux extrémités se trouvait une aristocratie divisée dans ses éléments (les nobles et les chevaliers), mais unie par l'âpreté à s'enrichir, et une populace toujours plus pauvre, plus vicieuse et plus agitée.

Rome, en se répandant dans l'Italie méridionale, dans la Sicile, dans l'Asie Mineure, dans la Grèce, dans la partie de la Gaule voisine de Marseille [7], y trouva la liberté des usures. Elle en profita largement et se joignit à la masse des usuriers du pays [8]. De plus, en rivalisant avec eux, elle adopta leurs habitudes de calcul. Là régnait la centésime, c'est-à-dire le tant pour cent par mois, mode de supputer les usures adopté chez toutes les populations grecques. Ce calcul passa des provinces dans Rome. Au temps de Cicéron, il y est en plein usage [9]. Plus commode que le calcul national pour compter les grosses usures, il fut adopté d'autant plus facilement, que les usures maritimes, les plus élevées de toutes, étaient devenues plus fréquentes, et que les fraudes donnaient aux usures civiles plus de rigueur.

La centésime supposait un règlement mensuel [10]; aussi les Grecs tenaient-ils des registres qu'ils appelaient *éphémérides*. Les Romains, leurs copistes, eurent le *kalendarium* ou livre de compte mensuel, sur lequel ils marquaient les usures qui devaient être payées aux kalendes [11]. Le kalendarium était proprement le livre des fonds placés à intérêt [12]. De là cette locution, *kalendarium exercere*, pour signifier : faire valoir son argent à intérêt [13]. Léguer son *kalendarium*, c'était léguer ses créances et les intérêts qu'elles produisaient [14]. L'usage du *kalendarium*, dont on ne trouve pas de trace dans la première histoire et dans la pre-

[1] Plaute, *Asinaria*, act. 1, sc. 1, vers la fin. — *Epidicus*, act. 2, sc. 2, v. 185. — Saumaise, p. 546, 547, 548.

[2] Plaute, *Truculentus*, act. 1, sc. 1.

[3] Plaute, *Asinaria*, act. 1, sc. 1. — Cicer., *pro Quintio*. — Saumaise, p. 560, 565.

[4] Saumaise, p. 552.

[5] Caton. Voy. *supra*.

[6] Tite-Live, 42, 34. *Voy.* le discours du centurion Ligustinus.

[7] Cité grecque dont Cicéron a fait un bel éloge (*pro Flacco*, 26).

[8] Cicér., *Pro Fontejo*, 4; *in Verrem*, 3, 71.

[9] *In Verrem*, 3, 71; *binos centesimas* : 2 p. % par mois.

[10] *Nec id satis efficit in usuram* MENSTRUAM. — Cicér., *ad Attic.*, 6, 1 (éd. Panck., t. 20, p. 288).

[11] Senec., *De beneficiis*, 7, 10. — Saumaise, *De usuris*, p. 151. — Et *De fœnor. trapezit.*, p. 39 de sa Préface.

[12] Saumaise, *De usuris*, *loc. cit.*

[13] Scævola, l. 41, § 6, Dig., *de legat.*, 3°.

[14] Afric., l. 64, Dig., *de leg.*, 3°. — Scævola, l. 34, Dig., *de legat.*, 3°. — Et l. 86, Dig., *de legat.*, 2°.

mière littérature de Rome, devint général après la fusion des mœurs romaines avec les mœurs grecques. Ceux qui avaient beaucoup de capitaux en mouvement préposaient un esclave à la tenue de leur *kalendarium* [1], les villes avaient le leur [2], et un fonctionnaire nommé *kalendarii curator* [3] était chargé de le tenir [4]. On commençait par écrire sur le *kalendarium* le nom du débiteur, puis la somme qu'il devait; ensuite les intérêts convenus [5]. La centésime se marquait avec un C renversé (Ɔ), et lorsque l'on était convenu de plusieurs centièmes par mois, on posait autant de C renversés qu'il y avait de centièmes convenus [6].

Depuis ce moment, les kalendes furent très-souvent l'époque où les intérêts se liquidaient mensuellement. Aussi les kalendes sont-elles célèbres pour les angoisses qu'elles causaient aux débiteurs.

Nisi cum tristes misero venere kalendæ,

dit Horace [7], et c'est à cela que fait allusion un écrivain chrétien, Lactance, quand il compare les usuriers à ces démons qui, au retour de la lune, viennent accabler un malade du mal caduc [8].

Néanmoins, l'ancien usage romain de liquider par an les intérêts fut loin d'être entièrement aboli par l'introduction de la centésime et du *kalendarium*. Beaucoup de témoignages établissent que la centésime ne se payait souvent qu'à la fin de l'année [9].

Ceux dont le principal revenu consistait en capitaux prêtés à intérêt s'appelaient *fœneratores* à Rome [10], de même que chez les Grecs ils s'appelaient *danistes* [11]. Du temps de Plaute ils se réunissaient sur le *forum*, à l'endroit appelé *Sub veteribus* [12], et plus tard, du temps de Perse, au quartier appelé le Putéal de Licinius Scribonius [13]. Ils envoyaient leurs esclaves chercher les emprunteurs sur la place publique [14]. A en croire Cicéron, cette industrie n'était pas la plus honorée [15]; elle n'en était pas moins commune, et les préventions de quelques moralistes scrupuleux n'empêchaient pas le plus grand nombre de s'y livrer. Nous avons vu Caton, qui cependant savait à quoi s'en tenir sur la qualification morale de l'usure [16], céder à ses douceurs et la préférer aux plaisirs par trop spéculatifs de l'agriculture. Peut-être aussi que le jugement des moralistes sur les *fœneratores* ne s'appliquait qu'à ceux qui, comme Alfius et tant d'autres aussi avares, abîmaient les emprunteurs par leurs extorsions. Nous voyons à toutes les époques de l'histoire romaine des hommes estimés prêter à des intérêts modérés et en recevoir de justes éloges [17]. Est-il possible que l'on ait enveloppé dans la même animadversion et les prêteurs impitoyables et ceux qui ne retiraient de leurs capitaux que des profits modestes? N'est-il pas plus vraisemblable que l'opinion faisait la même distinction que la loi entre les usures légitimes et l'*improbum fœnus* [18], la première, permise aux citoyens; la seconde, punie du quadruple par les Douze Tables?

Ce qu'il y a de certain, c'est que la modération en fait d'usure était fort rare à

[1] Afric., l. 41, Dig., *de reb. credit.*
[2] Alex., l. 3, C., *de compensat.*
[3] Gruter, *Inscript.* 7, p. 446.
[4] L. 9, § 7, Dig., *de adm. rer. ad civit.*
[5] Saumaise, *De modo usur.*, p. 310; d'après Plutarque, *De mutuo non accipiendo.*
[6] *Id.*, p. 310.
[7] Lib. 1, satir. 3. — *Junge* Saint-Ambroise, *De Tobia*, c. 12, p. 731.
[8] Godefroy cite ce trait sur la loi 4, Dig., *de reb. credit.*
[9] Gruter, *Inscript.*, 4, p. 175. — Arg. de la loi 2, C., *de debitor. civit.*
[10] Horace, *Epod.*, 3, *in fine.*

Hæc ut locutus fœnerator Alfius,
Jamjam facturus rusticus,
Omnem redegit idibus pecuniam
Quærit kalendis ponere.

[11] Un *danista* figure dans l'*Epidicus* de Plaute
[12] *Curculio*, act. 1, sc. 1.
[13] Satir. 4.
[14] Plaute, *Asinaria*, act. 2, sc. 4. — Pétrone nous apprend la même chose des municipes d'Italie :

« *Eamus in forum, et pecunias mutuamur.* »
Satyric., 88

[15] *Offic.*, lib. 1.
[16] *De re rustic.* (proœm.)
[17] Antonin le Pieux ; Alexandre Sévère.
[18] Diocl., l. 20, C., *ex quib. causis infamia irrog*

Rome, et que les provinces étaient, autant et plus que la ville, ravagées par ce fléau. Lorsque Lucullus commandait l'armée d'Asie contre Mithridate, il trouva la province en proie aux exactions usuraires des chevaliers adjudicataires de la ferme des impôts. Ennemi de la puissance politique des chevaliers, comme l'était Sylla, son chef de parti, Lucullus saisit cette occasion de frapper en eux l'usure qui les enrichissait, et de se rendre agréables aux populations d'Asie [1], vexées par leurs extorsions. Il établit que le taux des usures ne dépasserait pas la centésime, c'est-à-dire 1 °/₀ par mois, et qu'elles s'arrêteraient quand elles auraient atteint le sort principal [2]. C'est le premier témoignage que nous offre l'histoire du taux légal de 12 p. °/₀. Si d'autres gouverneurs ont précédé Lucullus dans ce système (circonstance que nous ignorons), ils ne sauraient être antérieurs à Sylla et à l'abaissement des chevaliers par le dictateur. Nous savons d'ailleurs, par les circonstances de la loi Sempronia, qu'en 560 l'usure était libre pour tous ceux qui n'étaient pas soumis à la loi romaine. Ainsi, le taux légal de la centésime n'a pu commencer qu'entre cette époque et Lucullus (684), et c'est tout au plus à Sylla qu'il peut remonter. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'après Lucullus, le 1 p. °/₀ par mois devint le taux auquel les édits des préteurs fixèrent l'intérêt dans les provinces. Cicéron nous l'atteste en citant son propre édit pour la province de Cilicie [3], et cet édit était conforme à celui de ses prédécesseurs. L'influence grecque se fait ici visiblement sentir. Le 1 p. °/₀ par mois était l'usure modérée des Athéniens, le taux des honnêtes gens [4]. Rome n'avait jamais eu rien de pareil.

Veut-on voir maintenant combien était grave le mal auquel ces édits portaient remède?

Écoutons d'abord Plutarque et son naïf traducteur, Amyot :

« La pauvre province d'Asie estoit affligée et oppressée de tant de maulx et de misères, qu'il n'est homme qui le peut presque croire.... et ce, par la cruelle avarice des fermiers, gabelleurs et usuriers romains, qui la mangeoient et tenoient en telle captivité, que particulièrement les pauvres péres estoient contraints de vendre leurs beaux petits enfants et leurs jeunes filles à marier pour payer la taille et l'usure de l'argent qu'ils avoient emprunté pour la payer. Encore à ces fins estoient-ils eux-mêmes adjugés comme esclaves à leurs créanciers, pour user le demourant de leurs jours en misérable servitude; et pis encore estoit ce qu'on leur faisoit endurer avant qu'ils fussent eux-mêmes adjugés; car ils les emprisonnoient, ils leur donnoient la géne, ils les détiroient sur le chevalet, ils les mettoient aux ceps, et les faisoient tenir à découvert tout debout en la plus grande chaleur d'été au soleil, et en hiver dedans la fange, ou dessus la glace, tellement que la servitude leur sembloit un relèvement des misères et repos de leurs tourments..... Cette surcharge d'usures estoit procédée de 20,000 talens en quoi Sylla avait condamné le pays d'Asie, laquelle somme ils avoient bien payée déjà deux fois aux fermiers et gabelleurs romains qui l'avoient fait monter, en amassant et accumulant toujours usures sur usures, jusqu'à la somme de six vingt mille talens.

» Parquoy ces fermiers et gabelleurs s'en allèrent crier à Rome contre Lucullus, disant qu'il leur faisoit le plus grand tort du monde; et à force d'argent suscitèrent quelques-uns des harangueurs

[1] Il l'était, en effet, si l'on en juge par les legs que lui firent les villes d'Asie (Cicér., *Pro Flacco*. 34).

[2] Plutarque, *Dans la vie de Lucullus*. trad. d'Amyot, nº 33.

[3] Interim cum ego in edicto tralatitio centesimas me observaturum haberem cum anatocismi, ille ex syngrapha postulabat quaternas. Quid ais? inquam ; possumne contra meum edictum? — *Ad Attic.*, 5, *epist. ult.* (An de Rome 703.) Éd. Panck., t. 20, p. 264, 276.

[4] Démosth., *In Aphob.*, p. 900. — *In Pantæn.*, p. 988. — Aristoph., *In Nub.*, 5, 17. — Théoph., *Caract.*, c. 10. — Barthélemy, ch. 55.

ordinaires à l'encontre de lui [1]. »

A ce trait des compagnies de finances, joignons l'exemple des particuliers romains. Cicéron va nous en fournir un.

Deux Romains qui habitaient l'île de Chypre pour y négocier, M. Scaptius et P. Matinius, étaient créanciers apparents de la ville de Salamine pour une somme considérable dont les intérêts avaient été fixés à 4 p. °/₀ par mois. En réalité, ces deux spéculateurs n'étaient que les prête-noms de Brutus, leur ami, qui faisait valoir ses capitaux en Chypre, à cet honnête intérêt. Cette affaire avait été conclue à Rome dans un pressant besoin de la ville de Salamine. Et comme la loi Gabinia défendait aux villes de province de faire des emprunts à Rome [2], le sénat, influencé par Brutus, qui ne voulait pas laisser échapper une si bonne occasion, autorisa le traité, sans s'expliquer cependant sur le taux des usures, et s'en référant là-dessus au droit commun. Des difficultés s'élevèrent sur ces intérêts, trop élevés en effet pour passer en compte sans réclamation; elles furent portées devant Cicéron, à qui on laissa d'abord ignorer la part de Brutus dans cette affaire. Scaptius insistait pour avoir les 48 p. °/₀ promis par le traité. Cicéron, se retranchant dans son édit qui avait fixé à 12 p. °/₀ l'intérêt à accorder, et auquel il ne pouvait déroger, ne voulait accorder que la centésime avec l'anatocisme [3]. Les habitants de Salamine consentaient à payer sur ce pied. Mais Scaptius résistait; fort de l'homme qui se cachait derrière lui, et plus âpre que les plus âpres usuriers de la province, il ne voulait pas démordre du 4 p. °/₀ par mois. Malgré toutes les intrigues dont Cicéron fut assiégé [4], malgré l'intervention d'Atticus, il tint ferme. En vain Brutus se révéla à lui comme le véritable créancier; Cicéron resta fidèle à son édit: il refusa d'accorder plus que le 1 p. °/₀ par mois, qui jusque-là avait fait la règle de tous les jugements, et dont les créanciers les moins traitables se contentaient. Brutus fut fort mécontent, il se plaignit auprès d'Atticus, il accusa Cicéron de mauvais vouloir. Mais que dirons-nous de ce sage? Verrès, dans ses rapines en Sicile, ne prenait que 24 p. °/₀ [5]; Brutus en prenait le double!

Voilà donc quelles étaient les habitudes des Romains avec les provinces [6].

Maintenant rentrons un instant dans Rome.

Nous avons dit que l'usure y éludait les prohibitions des lois civiles par une foule de détours captieux. En 664, lors de la guerre civile entre Marius et Sylla, il est certain que l'usage avait fait tomber en désuétude les lois sur l'usure sémoncière. Appien contient à cet égard un témoignage précieux [7]; il atteste que les lois anciennes n'étaient plus suivies depuis longtemps, et que l'usure se faisait à Rome avec la plus entière licence. Une sédition s'étant élevée, en 664, à cause des dettes, le préteur Asellio crut devoir

[1] *Vie de Lucullus*, 35, 36.

[2] Tout le monde n'est pas d'accord sur le sens de la loi Gabinia. Cujas pense qu'elle ne faisait que s'opposer aux emprunts qui avaient pour but de payer des intérêts au moyen de la *versura*. *Quæst. papin.*, lib. 2, sur la loi 1, Dig., *de usuris*.) D'après Noodt, au contraire, et Gronovius, la loi Gabinia aurait un autre sens. *Voy.* aussi Montesquieu, *loc. cit.*

[3] Il explique cela *ad Attic.*, 6, 2 (éd. Panck., t. 20, p. 328).

[4] *Id.*

[5] Cicér., 3, *in Verrem*, 71.

[6] Montesquieu prétend que Pompée avait prêté au roi Ariobarzane 600 talents, qui tous les 30 jours rapportaient 33 talents attiques (liv. 22, ch. 22). Mais la lettre de Cicéron, d'où il a tiré ce fait (61, *ad Attic.*, 1; éd. Panck., t. 20, p. 288), ne donne pas la certitude d'un intérêt aussi élevé.

[7] Appien, lib. 1: « Per idem tempus, et in urbe, ob æs alienum exorta est seditio, dum quidam acerbius usuras exigunt; contra quam cautum esset antiquis legibus. Videntur enim illi prisci Romani, sicut et Græci, abhorruisse a fœnore, ut negotiatione molesta pauperibus, et litium inimicitiarumque materia: quæ res ne Persis quidam placuit, ut non aliena a fraude ac mendacio. Sed quia vetari jam more, fœnus receptum fuerat, fœneratores reposcebant id jure suo; debitores bellum et seditiones causando, differebant reddere; nec deerant qui urgentibus mulctam intentarent. Tum Asellio prætor, cujus erat jurisdictio, quia conciliare partes conatus, nihil proficiebat, permisit eos legibus agere; admonitis prius, ut in re perplexa, *tum de jure, tum de more* judicibus. Ibi fœneratores ægre ferentes, renovari mentionem legis veteris, prætorem tollunt e medio. »

accorder action en justice aux débiteurs en vertu de ces lois, en prenant soin toutefois de ne pas laisser ignorer aux juges le conflit existant entre la coutume et la loi écrite. Mais cette multitude d'actions qu'allait susciter le retour d'Asellio à l'ancien droit excita de vives rumeurs; il ne s'agissait de rien moins que d'ébranler la foi publique et de rétablir la vieille amende des lois des Douze Tables. Asellio fut assassiné!

C'était, du reste, une entreprise assez maladroite que de choisir l'une des époques les plus orageuses et les plus critiques de la république, pour fixer à 5 p. °/₀ le taux de l'argent, si élevé partout ailleurs. On sortait à peine de l'invasion des Cimbres et des Teutons et de la guerre sociale, pour entrer en pleine guerre civile! Asellio était un imprudent, et son entreprise devait avorter. La liberté des usures continua à Rome, sans autre frein que la concurrence des capitaux. Le taux de l'argent y subit toutes les variations de la disette ou de l'abondance du numéraire et des accidents de la politique extérieure ou intérieure. Rome était le centre des affaires du monde civilisé, et toute crise politique y faisait éclater une crise commerciale. D'un autre côté tout se vendait à Rome, justice, suffrages, honneurs publics. Oh! que Jugurtha, le barbare, l'avait bien connue lorsqu'il s'écria : *O urbem venalem!* Quand arrivaient les élections, et que la brigue avait besoin d'emprunter pour corrompre, l'argent devenait cher; les capitalistes le mettaient à très-haut prix. En 699, l'élection des tribuns fut l'occasion d'une brigue sans égale. Le parti de César, qui portait Memmius et Domitius contre Scaurus, le candidat de Pompée, promettait jusqu'à dix millions de sesterces à la première centurie. Qu'arriva-t-il? C'est qu'en vingt-quatre heures l'intérêt monta du double, de 4 à 8 p. °/₀ [1].

Il est probable cependant que les magistrats revêtus de la préture, dont le pouvoir était exercé avec tant de modération et d'équité, durent très-souvent ramener les stipulations usuraires au taux de la centésime. Pourquoi, en effet, les préteurs de la ville n'auraient-ils pas fait ce que nous voyons pratiqué par la sagesse des gouverneurs de la province [2]?

Enfin, en 703, un sénatus-consulte décida que les intérêts ne dépasseraient pas un centième par mois, ou 12 p. °/₀ par an. « *Senatus-consultum modo factum est, in creditorum causa, ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur* [3]. » Depuis cette époque, le 12 pour °/₀ par an sans anatocisme [4] resta le taux légal. Il survécut aux dernières guerres civiles, et aux crises financières par lesquelles passa la fortune publique, au milieu des orages de la politique et des fautes de l'administration [5]. Nous le trouvons en vigueur sous Néron [6], sous Trajan [7], du temps du jurisconsulte Paul [8] et sous Dioclétien [9]. Les citoyens honnêtes et modérés se contentaient d'un moindre intérêt. Antonin le Pieux et Alexandre Sévère ne placèrent qu'au taux de 4 pour °/₀ [10]. Mais, quelque dure que fût la centésime, ainsi que tous les jurisconsultes contemporains en conviennent [11], quelque sanglante qu'elle parût aux philosophes [12], d'avides usuriers ne

[1] Cicér., *Ad Quint.*, 2, 15 (édit. Panck., t. 19, p. 208) : *Ambitus redit immanis; nunquam fuit par. Idus quint.* (aux ides de juillet), *fœnus fuit bessibus ex triente.* Il écrit ainsi à Atticus, 4, 15 (édit. Panck., t. 19, p. 214). « *Ardet ambitus; fœnus ex triente idib. quint.,* » *factum erat bessibus.* »

[2] Noodt, *De fœnore*, lib. 2, c. 4.

[3] Cicér., 5, 21, *Ad Attic.* (édit. Panck., t. 20, p. 278).

[4] Cicér., 5, *Ad Attic.*, *epist. ult.*, 6, 2. — Modest., l. 27, Dig., *de re judicat.* — Ulp., l. 26, § 1, Dig., *de condict. indebit.* — Diocl., l. 20, C., *ex quib. causis infam.*

[5] *Voy.* César, *De bello civili*, 3, 1. — Tacite, 6, *Annal.*, 16.

[6] Senec., 7, *De benef.*, 6.

[7] Pline, *Epist.*, 10, 62. — Il faut voir l'interprétation de ce texte dans Saumaise, *De modo usurar.*, p. 269.

[8] L. 40, Dig., *de reb. credit.*—*Sent.*, lib. 2, tit. 14, § 2.

[9] L. 8, C., *si cert. petat.*

[10] Capitol., c. 2. — Lamprid., c. 21.

[11] Ulp., l. 7, § 8, Dig., *de adm. tutor.* — Tryph., l. 54, Dig., *de adm. tutor.* — Et l. 38, Dig., *de negot. gest.*

[12] Senec., *De benef.*, 7, 10 : *Quid sunt et venale tempus et sanguinolentæ centesimæ? Junge, epist.* 119.

la trouvaient pas suffisante [1]. La nouvelle constitution de la société avait fait entrer dans les rangs de la population aisée des hommes nés de l'esclavage, aussi ardents dans le gain que ridicules dans les jouissances qu'ils en tiraient. Après s'être enrichis par le négoce et la navigation, ils se reposaient dans une insolente et grossière oisiveté, et vivaient du produit de leurs terres et de leurs fonds placés à intérêt [2]. Hommes sans mœurs et sans conscience, ils prêtaient à grosse usure, surtout à leurs coaffranchis moins avancés qu'eux dans les routes de la fortune [3]. Ils avaient pour rivaux les vétérans qui revenaient de la guerre avec de bonnes prises [4], les chevaliers, toujours habiles à exploiter les moyens de s'enrichir [5], les financiers retirés [6], les banquiers en titre, Grecs ou Romains [7], les Syriens dont le commerce d'argent remplissait l'Italie [8], les Samaritains, plus particulièrement répandus en Orient [9]. Du reste, aucune peine pécuniaire ou corporelle n'était prononcée contre les usuriers; la loi se bornait à imputer sur le capital les intérêts excessifs [10]. Un instant elle défendit les usures aux sénateurs. Mais on reconnut bientôt l'impossibilité d'une telle prohibition, sans cesse éludée par des moyens détournés; on leur permit un intérêt de 6 pour % [11], qui passait pour modéré [12].

Voici quelques-unes des ruses auxquelles les usuriers avaient recours pour faire monter les intérêts au delà de la centésime.

Je demande à Titius de me prêter 1,000 francs. Il prétend qu'il ne les a pas; mais il me donne en place des objets mobiliers, tels qu'argenterie, bêtes de somme, dont nous ferons l'estimation; puis il exige un gage, et stipule un intérêt plus fort que la centésime, pour se dédommager du sacrifice qu'il fait en se privant pour moi d'objets auxquels il attache un prix d'affection. Ce détour a été signalé comme une fraude à la loi dans un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien [13], et par les Pères de l'Église saint Basile [14] et saint Ambroise [15]. Écoutons ce dernier : « Celui dont on va » vendre les proches parents aux bar» bares, et qui désire les racheter, de» mande à emprunter. Les riches impi» toyables jurent qu'ils n'ont pas de quoi, » et qu'ils vivent eux-mêmes d'emprunts. » Mais dès qu'on leur promet quelque » profit ou quelque gage, alors leur front » se déride; ils rassurent l'emprunteur, » ils essuient ses larmes. Nous allons » voir, disent-ils, s'il y a chez nous quel» que argent; on brisera, s'il le faut, » quelques pièces d'argenterie de l'héri» tage paternel; ce sera grand dommage, » sans doute: quelles usures pourront com» penser le prix que nous y mettions! Mais, » pour obliger un ami, on ne reculera » pas devant cette perte. On cherchera à » la réparer quand vous rendrez l'argent » du prêt... Aux calendes vous ne man» querez pas de payer les intérêts? »

Autre détour. Titius prête à Sulpitius une somme d'argent de 1,000; il stipule qu'au lieu de lui rendre ces 1,000, il lui livrera en place une certaine quantité de froment équivalente. Et comme les intérêts des choses fongibles sont illimités, tandis que ceux de l'argent ne peuvent

---

[1] Horace, 1, satir. 2. — Juvénal, 9, v. 7.
[2] Pétr., satir. 37, 9.
[3] *Id.*, 76, *et cœpi libertos fœnerare.*
[4] Arcadius, l. 18, § 23, Dig., *de munerib.*
[5] Saumaise, *De fœnore trapezit.* (Préface), p. 80.
[6] Le père de Vespasien, après avoir été fermier de l'impôt, alla exercer l'usure en Helvétie, où il mourut, *fœnus apud Helvetios exercuit.* (Suet., *In Vesp.*, 1.)
[7] Plutarque cite les banquiers de Corinthe, Patras ou Athènes. (*Qu'il ne faut pas emprunter*, 20.)
[8] Sidon. Apollin., 1, epist. 8. — Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 47, 50, 570.
[9] Justinien, *Edict.*, 9, c. 2 : *quos Samaritanos vocant.* — Saumaise, *De usuris*, p. 501.
[10] Paul, lib. 2, *sent.*, tit. 14, § 2.
[11] Godefroy, sur la loi 4, C. Théod., *de usuris.* D'après Lampride, *Vie d'Alex. Sév.*, c. 26.
[12] Pline, 14, 6 : « Semissibus, quæ civilis ac modica » est. »
[13] L. 8, C., *si cert. petat.*
[14] T. 1, *in Baluz.*, 14, p. 135.
[15] *De Tobia*, c. 3.

pas dépasser la centésime, Titius stipule que les intérêts seront, non pas ceux d'une somme d'argent prêtée, mais ceux beaucoup plus considérables qu'on retire du prêt de froment. L'empereur Gordien qualifie la prétention du prêteur d'*improba petitio*, et il ne lui alloue que les intérêts légitimes [1].

Ce n'est pas tout:

Un prêteur vous prête 1,000 à intérêt légitime; mais il stipule que si cet intérêt n'est pas exactement payé, vous serez tenu, à titre de peine, du double, du triple, etc. Cette fraude était fréquente. Elle est condamnée par Modestin [2], Ulpien [3] et par Gordien [4].

Ou bien, on retranchait du sort principal prêté une certaine somme à titre de rémunération [5].

Ou bien, si c'était à un marchand que l'on avait affaire, on exigeait de lui un supplément en marchandises ou en denrées, et l'on ajoutait par là au poids de l'intérêt et aux profits du prêt [6]. Rien de plus commun que cet usage, au témoignage de saint Ambroise [7]. On se faisait donner des vins, des viandes, des fruits, des grains, des étoffes [8]; et le marchand, qui voulait en définitive ne pas perdre, usait lui-même de fraude dans le débit de ses marchandises.

Tous ces intérêts exorbitants étaient retranchés. On les réduisait au taux légitime [9]. Si le débiteur les avait payés, ou les imputait sur le sort principal [10], et si le sort principal avait été rendu, c'était une question entre les jurisconsultes que de savoir si l'on pouvait répéter ce qui avait été payé de trop. Ulpien était d'avis que la répétition ne pouvait avoir lieu [11]. Paul était d'un sentiment contraire [12]. L'empereur Philippe fit cesser ce conflit et autorisa la répétition [13].

Quoique le centième par mois fût l'usure légale, il y avait cependant des circonstances où les intérêts accordés par la loi pouvaient être moindres. Ainsi, par exemple, dans les jugements de bonne foi, où le juge devait suivre l'équité plutôt que le *summum jus*, il allouait, non pas nécessairement la centésime, mais de préférence le 5 p. %, appelé modeste par Perse [14], ou même le 4 et autres usures moindres si l'usage en était pratiqué dans la province [15].

C'est ce qui avait lieu nommément dans les comptes de tutelle, où le tuteur, à moins de torts graves, ne devait se constituer débiteur que des moindres intérêts dont nous venons de parler [16].

Dans le cas de mise en demeure, le débiteur ne devait que les intérêts en usage dans la contrée [17].

Et, chose digne d'attention, quoique ces intérêts soient en général mis en opposition avec la centésime, qui est l'intérêt légitime par excellence [18], on trouve cependant des textes qui leur communiquent cette épithète de légitime [19].

Nous voici parvenus à l'époque où le christianisme prend part au mouvement social, et où le prince va lui donner accès dans ses conseils après s'être déclaré contre l'ancien culte officiel. L'influence que le catholicisme a exercée sur les destinées du prêt à intérêt doit être étudiée dès ce moment; il faut en suivre le début et les progrès.

Les plus anciens monuments de la législation ecclésiastique prouvent que les

---

[1] L. 16, C., *de usuris*. — Noodt, 2, 13.
[2] L. 44, Dig., *de usuris*.
[3] L. 13, § 26, Dig., *de act. empt.*
[4] L. 15, C., *de usuris*.
[5] Justinien, l. 26, § 1, C., *de usuris*. — Saint Jérôme, *in Ezech.*, 6, 18. — Lactance, 6, *Div. instit.*, 18.
[6] Saint Ambroise, *De Tobia*, c. 14, p. 753. Noodt, 2, 13 et 14. Thomassin, *De l'usure*, p. 295.
[7] *Loc. cit. : Quod pejus est, hoc vitium* PLURIMORUM EST, *et maxime divitum quibus hoc nomine struuntur cellaria.* (*Loc. cit.*)
[8] Saint Ambroise, *loc. cit.*
[9] Papin, l. 9, Dig., *de usuris*. L. 29, Dig., *de usuris*. L. 8, C., *si cert. petat.*
[10] Paul., *Sent.*, lib. 2, tit. 14, § 2.
[11] L. 26, Dig., *de cond. indeb.*
[12] *Loc. cit.*
[13] L. 18, C., *de usuris*. — Noodt, 2, 13.
[14] Satir. 5, v. 149.
[15] L. 12, § 9, Dig., *mandati*. — L. 1 et 37, Dig., *de usuris*. — L. 7, § 10, Dig., *de administ. tutor.*
[16] Ulp., l. 7, §§ 8 et 10, Dig., *de administ. tutor.*
[17] Arg. de la loi 17, C., *de locato*. Noodt, lib. 2, c. 5.
[18] Ulp., l. 7, §§ 8, 9, 10, Dig., *de administ. tutor.*
[19] Diocl. et Maxim., l. 17, C., *de loc. cond.*

défenses de l'Église à l'égard du prêt ne s'étendaient qu'aux seuls clercs.

Le 44ᵉ canon des apôtres, qui est le plus ancien sur cette matière, dit : *Episcopus aut presbyter, aut diaconus, usuras a debitoribus exigens, aut desinat, aut certe damnatur* [1].

Mais écoutons le concile de Nicée, premier concile œcuménique; il est conçu dans les mêmes idées [2] :

« *Quoniam multi, sub regula constituti, avaritiam et turpia lucra sectantur, oblitique divinæ Scripturæ, dicentis :* « QUI PECUNIAM SUAM NON DEDIT AD USURAM : » *mutuum dantes ,* CENTESIMAS *exigunt ; juste censuit sancta et magna synodus, ut si quis inventus fuerit post hanc definitionem, usuras accipiens, aut ex adinventione aliqua, vel quolibet modo, negotium transigens, aut* HEMIOLIA, *id est, sescupla exigens, vel tale quid prorsus excogitans, turpis lucri gratia, dejiciatur a clero, et alienus existat a regula* [3]. »

On conçoit en effet, que l'Église ait cru nécessaire de détacher de tout intérêt mondain ceux qui, en se consacrant à son ministère, sont voués au troupeau des fidèles, et doivent donner l'exemple d'un désintéressement plus parfait et d'une charité plus ardente. De grands désordres existaient alors parmi les clercs, surtout parmi les clercs orientaux. L'avarice y était portée à l'excès. Il fallait des mesures radicales pour réveiller en eux les sentiments de la vertu et de la dignité ecclésiastique.

Mais le concile aurait cru dépasser les bornes de son autorité et déplaire à Constantin, s'il eût étendu ses prohibitions jusqu'à la société civile. L'empereur, en effet, venait de porter, un mois auparavant, des lois qui avaient maintenu à 12 p. % par an le taux de l'intérêt de l'argent, et à 50 p. % l'intérêt des fruits secs et liquides [4]. Les mesures de son administration étaient ordinairement concertées avec les évêques, et tout donne à croire que celle-ci ne fut pas adoptée sans l'assentiment de ces derniers. A cette époque donc, les décrets de l'Église n'avaient pas encore mis en suspicion le prêt à intérêt pratiqué par les laïques. Soit, comme le veut le père Thomassin, qu'elle n'osât pas choquer ouvertement les lois civiles émanées d'un prince qui lui était cher, soit qu'elle ne voulût pas entreprendre encore de déraciner un mal général et invétéré [5], il est certain que les premiers conciles, ces grands fondements de la discipline chrétienne, s'arrêtent aux clercs.

Mais, postérieurement, la sévérité du clergé s'étendit plus loin. On voulut élever la discipline à un plus haut degré de perfection, et soumettre la société laïque elle-même à l'observation invariable du prêt gratuit. Les circonstances politiques de l'époque étaient, du reste, peu favorables au prêt à intérêt. Les habitudes usuraires des temps passés avaient pris un caractère d'autant plus inquiétant qu'elles coïncidaient avec de grandes misères publiques et une décadence toujours croissante. Les riches traitaient leurs colons avec une excessive rigueur. On les accablait de redevances, de travaux insupportables, d'usures qui allaient jusqu'à 50 p. %, ainsi que saint Chrysostome nous l'apprend dans une de ses homélies [6]. Si une famille voulait racheter un des siens

[1] C'est la version latine donnée par Saumaise avec le texte grec, *De usuris*, après sa préface. Junge le P. Thomassin, *De l'usure*, p. 202.

[2] Canon 17. Je préfère à la traduction latine du P. Thomassin celle de Saumaise, qui est plus exacte. (*Loc. cit.*)

[3] On pourrait cependant objecter que le concile provincial d'Elvire, tenu en Espagne en 305, c'est-à-dire 20 ans avant le concile de Nicée et avant l'avénement du christianisme sur le trône impérial, défendit l'usure aux laïques, et que l'excommunication fut prononcée contre ceux qui, après réprimande, persisteraient dans la pratique de ce prêt. Can. 20 (Labbe, t. 1, p. 974). Mais nous verrons tout à l'heure saint Grégoire de Nysse ignorer ce décret local, et reconnaître qu'aucune peine canonique n'avait été prononcée contre les laïques.

[4] L. 1, C. Théod., *De usuris* — Godefroy, sur ce texte. — Thomassin, p. 249. Le concile de Nicée est de l'année 325.

[5] Thomassin, *De l'usure*, p. 202.

[6] *Quomodo enim*, dit saint Chrysostome, *miseris utuntur agricolis? Nonne humaniis multo barbari eos tractarent? Fame namque tabescentibus, et per totam insudantibus vitam, intolerabilia non erubescunt vectigalia imponere, ac onera et labores quotidie afferre. Fœnoris*

pris par les barbares, on profitait de sa détresse pour élever les usures au plus haut degré [1]. Quand les pères ne payaient pas, on faisait vendre les enfants [2]! Et d'inexorables créanciers s'en prenaient au cadavre de leur débiteur, dont ils empêchaient l'inhumation jusqu'à ce que leurs parents ou de bonnes cautions les eussent désintéressés [3]. Ces calamités touchaient de pitié les ministres d'une religion qui enseigne surtout la charité, et unissait dans ses saints livres, aux conseils les plus austères, de mémorables exemples de créanciers compatissants et généreux [4]. Ces ministres, d'ailleurs, pénétrés avec raison de la grande supériorité de la morale chrétienne sur la morale du polythéisme, se souvenaient que, dans l'antiquité païenne, de grands philosophes, de profonds penseurs, de savants économistes, avaient jugé les usures avec sévérité; et ils auraient cru rabaisser le christianisme et méconnaître sa perfection si, interprètes de la sagesse divine, ils n'avaient maintenu leur enseignement à une plus grande hauteur de pureté que ces interprètes de la sagesse humaine. Lorsque Aristote, dans sa *Politique*, plaçait les profits de l'argent parmi les plus méprisables productions de l'économie [5] et parmi les plus contraires à la nature, la politique céleste pouvait-elle leur reconnaître un rang plus relevé et plus légitime? Caton avait vanté l'agriculture et comparé l'usure à l'assassinat [6]. Cicéron, dans ses *Devoirs*, avait fait la place de la première aussi grande et aussi noble que celle de la seconde était odieuse et vile [7]. N'était-ce pas aussi l'esprit de l'Ancien Testament qui offre pour modèle aux chrétiens les patriarches et les justes, riches de leurs champs et de leurs troupeaux et dédaignant l'infâme usure? Si la vertu païenne privée des lumières de l'Évangile avait pu entrevoir ces vérités morales, si la vertu hébraïque en avait été inspirée, la vertu chrétienne, appelée à de plus grandes destinées, devait-elle les effacer, oubliant le progrès du Nouveau Testament sur l'Ancien, et se mettant même en arrière des exemples des gentils! Ces centièmes par mois qui coûtent la vie à tant de pauvres et appauvrissent tant de riches, Sénèque ne les avait-il pas appelés sanguinaires, œuvres d'avarice et de cupidité [8]? Or, les Pères de l'Église pouvaient-ils démentir ce langage d'un philosophe qu'ils supposaient avoir profité des leçons de saint Paul? Plutarque avait fait un livre pour détourner des emprunts [9] Lui aussi il avait vécu au milieu de cette société que minaient les usures. Il avait vu les riches livrés au luxe, dépensant plus que leur avoir, pauvres malgré leurs vastes champs, et demandant à des emprunts ruineux des secours imprudents [10]. Il avait donc dit: N'empruntez pas. Et, faisant le portrait des prêteurs et des emprunteurs, il avait montré les premiers avares, menteurs, injustes et pleins de fraude [11], les seconds livrés à la débauche, victimes de leur inconduite, menteurs aussi, et incapables de travail [12]. « Quoi! vous êtes » hommes, vous avez des pieds, des » mains, une voix, et vous dites que » vous ne savez de quoi vous nourrir [13]!

inaudita excogitant genera, quæ nec gentilium quidem legibus comprobantur. Mutui litteras maledictionis plenas conscribunt. Non enim centesimam totius partem, SED MEDIETATEM FLAGITANT*; cum ille qui solvit et uxorem habeat, et parvulos nutriat, et homo sit.* Hom. 62, *in Matth.*, p. 343.

[1] Saint Ambroise, *De Tobia*, c. 3.

[2] *Id.*, c. 8 et 10.

[3] *Id.*, c. 8 et 10.

Saumaise, *De trapezitico fænore*, a rappelé ces faits, et rendu justice à la charité des Pères (p. 333).

[4] Tobie, par exemple. (Saint Ambroise, *De Tobia*, c. 2.)—Et Nehemias (2, Esdræ, 5).

[5] *Infra*, nº 334.

[6] Cicer., 2, *Offic.*, 25.

[7] *Offic.*, 1, 42.

[8] 7, Epist. 10.

[9] *Qu'il ne faut pas emprunter à usure*, trad. d'Amyot, t. 14, p. 371.

[10] Saumaise, *De trapezit. fænore*, p. 676, expose très-bien le motif de ce petit traité de Plutarque.

[11] Nº 13.

[12] Nºs 14 et 22.

[13] Nº 16.

» Les fourmis ne prêtent ni n'empruntent; » elles n'ont cependant ni mains, ni arts, » ni raison [1]; mais elles vivent de leur » travail, parce qu'elles se contentent du » nécessaire. Si on voulait se contenter » du nécessaire, il n'y aurait pas plus » d'usuriers qu'il n'y a de centaures [2]. » Ces paroles sont celles d'un philosophe homme du monde. Un évêque, homme de Dieu, en aura-t-il de moins austères? descendra-t-il à de lâches complaisances? Et lorsque Jésus-Christ a dit : *Mutuum date nihil inde sperantes*, ses disciples auront-ils le cœur plus endurci sur les plaies sociales qu'un écrivain sans mission? permettront-ils aux usures de bâter impunément la décadence des familles, des patrimoines et des âmes?

Tout conspirait donc pour armer l'Église contre les usures. Tout, autour d'elle, livres saints, tradition, opinion des sages, circonstances politiques, misères nationales, tout semblait lui faire un devoir de continuer la tâche indiquée par les plus éminents penseurs du paganisme.

Ajoutons que, d'après la discipline chrétienne, il y a deux voies à suivre dans la vie : l'une qui est celle d'un mérite médiocre et accommodé au siècle, l'autre qui vise à la perfection et qui distingue les grandes âmes, les héros chrétiens [3]. Ces deux voies se sont séparées l'une de l'autre à mesure que la société chrétienne s'est éloignée de son berceau; il a fallu laisser au plus grand nombre la plus commode et la plus douce. Mais, dans des temps plus voisins de son origine, l'Église, bien différente des inventeurs des cas de conscience et de la dévotion aisée, chercha de préférence à conduire les âmes dans l'âpre sentier du labeur et du sacrifice. Il est vrai que, depuis son alliance avec l'État, sous le règne de Constantin, elle fut plus d'une fois amenée à faire la part des nécessités du monde, et à laisser à la politique extérieure une latitude exigée par les circonstances. Mais elle faisait ses réserves pour des temps plus favorables, et quand le moment était venu, elle rappelait les consciences dans la voie la plus méritoire et la plus digne d'un vrai chrétien. Elle savait, en effet, que c'est par les grandes vertus et les grands exemples que s'opèrent les grandes conquêtes morales. La multitude, qui s'étonne, qui admire, est bientôt touchée et entraînée. Sans les dévouements sublimes qui marquent les premiers âges du christianisme, combien de siècles eussent encore retardé sa marche!

Les circonstances étant donc telles que nous venons de les décrire, les Pères de l'Église pensèrent qu'après avoir sevré les clercs des sordides usures, il n'était pas moins nécessaire, pour l'intérêt de la religion, des mœurs et de l'État, d'étendre la réforme jusqu'aux laïques. Lactance paraît en avoir eu la première pensée sous Constantin [4]. Il enseigna qu'en droit naturel, le prêt devait être gratuit; que les usures étaient une injustice, un larcin; qu'il fallait rendre au *mutuum* son caractère de bonne œuvre. Mais l'entreprise était prématurée; Constantin la fit échouer, comme nous l'avons vu il n'y a qu'un instant.

Quelques années plus tard, elle fut reprise avec plus d'ensemble et de suite, soit en Orient, soit en Occident. Sa for-

---

[1] N° 18.

[2] N° 20.

[3] « Duæ sunt viæ, sive sectæ in vita, et duæ conversationes, una meriti mediocris et secularis qua trigesimæ feugis fœnus reddit : altera angelica et mundo abdicata quæ fect fructum centesimi fœnoris perfectum. » (Saint Athanase). Je cite la version latine que Saumaise a donnée de ce passage, *De trapezit. fœnore*, p. 296 Saumaise cite d'autres autorités, et particulièrement un passage de Philon, p. 293.

[4] L. 6, c. 18 : « Pecuniæ, si quam crediderit, non accipiat usuram; ut et beneficium sit incolume, quod succurrat necessitati, et *abstineat se prorsus ab alieno*. In hoc enim genere officii debet suo esse contentus, quem oporteat alias ne proprio quidam parcere, ut bonum faciat. *Plus autem accipere quam dederit*, INJUSTUM EST. Quod qui facit, *insidiatur quodammodo, ut ex alterius necessitate prædatur*. At justus nunquam prætermittet, quo minus aliquid misericorditer faciat. *Nec inquinabit se hujusmodi quæstu*; sed efficiet, ut sine ullo damno, id ipsum quod commodat, *inter bona opera numeretur*. Munus non accipiat a paupere, ne si quid ipse præstiterit, eo bonum sit quo fuerit gratuitum. »

tune y fut diverse. L'Orient la repoussa; l'Occident, moins indocile, finit par donner à l'Église un triomphe complet. Et néanmoins, ce ne fut pas tout d'un coup qu'une telle révolution s'opéra dans les lois et dans les intérêts publics et privés. La lutte fut prolongée; une discordance de plusieurs siècles se maintint entre les doctrines des Pères et les pratiques légales. Les lois impériales en vigueur en Occident permirent l'usure pendant toute la décadence, tandis que les chefs de l'Église en désapprouvaient hautement l'usage. Enfin, lorsque les monarchies barbares, retrempées dans un sang nouveau, eurent offert à l'action des évêques des éléments plus dociles et des esprits plus malléables; lorsque l'Église romaine, plus fortement constituée, eut mis à sa tête les hommes les plus énergiques et les plus éminents du catholicisme, la résistance des lois temporelles ne put tenir longtemps. Il fallut céder, et un grand changement s'accomplit dans la direction des intérêts économiques.

Saint Basile, archevêque de Césarée, en Cappadoce, qui vivait au IVe siècle, sous le règne de Valens [1], est un des premiers, entre les Pères de l'Église d'Orient [2], qui ait cherché à populariser parmi les laïques la pensée de rendre le prêt entièrement gratuit. Autant son autorité et son désintéressement inspiraient de respect, autant ses sermons excitaient de sympathie et produisaient d'impression. Nous allons y retrouver les raisonnements de Plutarque. Mais Plutarque était un écrivain, saint Basile un prédicateur.

Il établit d'abord avec les textes sacrés [3] que l'usure est un vice, et, pour lui comme pour le prophète David, l'un des caractères de l'homme parfait est de n'avoir jamais donné son argent à intérêt [4]. « Les emprunts, dit il, sont une » occasion de mensonge, d'ingratitude, » de perfidie : *Sumere mutuo initium » mendacii, ingratitudinis occasio, perfi- » diæ et perjurii* [5]. » C'est pourquoi il déploie toutes les ressources de son éloquence pour détourner les fidèles d'emprunter à intérêt; il montre les mois qui se succèdent, et qui, à chaque échéance, grossissent la dette et enfantent de nouvelles douleurs. « N'avez-vous pas des mains, de l'adresse, des métiers? Travaillez! rendez quelque service. Il y a bien des exercices pour gagner sa vie. Mais ne vous engagez pas dans des emprunts. Imitez la fourmi et l'abeille, qui travaillent et n'empruntent pas [6]. Quant aux prêteurs, que font-ils, sinon s'enrichir des misères d'autrui, tirer avantage de la faim et de la nudité du pauvre, être inaccessibles aux mouvements de l'humanité [7]? Faire l'usure, c'est recueillir où on n'a rien semé [8]; c'est une cruauté indigne d'un chrétien, indigne d'un homme [9]! »

Ailleurs [10], saint Basile rappelle que l'usure est un de ces méfaits qui rendent indigne du sacerdoce. Le laïque qui a fait l'usure ne peut entrer dans les ordres que s'il promet de donner aux pauvres tout le profit injuste qu'il en a retiré, et de s'abstenir à l'avenir de cette contagion. Si Basile n'insiste pas pour la restitution aux personnes intéressées, c'est probablement à cause des lois civiles qui permettaient l'usure, et pour lesquelles cette obligation de restituer eût été une sorte de mépris.

Saint Grégoire, évêque de Nysse, frère de saint Basile, autre Père de l'Église grecque, ne voit pas de différence entre l'usure et les larcins, les brigandages et

[1] Il fut ordonné prêtre en 364; il devint évêque de Césarée en 370, et mourut en 379.
[2] Thomassin, p. 202.
[3] Sur le psaume 14.
[4] *Quod* UTIQUE VITIUM *in pluribus Scripturæ locis vituperari videtur.* (*Loc. cit.*)
[5] *Loc. cit.*, nº 2.
[6] *Loc. cit.*, nº 4.
[7] *Id.*, nº 5.
[8] *Id.*
[9] *Id.*
[10] Epist. can., 14.—Les lettres canoniques étaient des lettres adressées aux clercs (Saumaise, *De trapezit.*, p. 62).

les parricides [1]. « C'est un enfantement que l'avarice a conçu, que l'iniquité a mis au monde, où la cruauté a servi de ministre [2]. Ce n'est pas la nature qui lui donne naissance, mais l'avarice qui a le pouvoir de faire que les choses stériles et inanimées deviennent productives. » Déjà nous avons vu cet argument de la stérilité de l'argent effleuré par saint Basile et touché par Plutarque [3]. Aristote en est l'inventeur, et la scolastique du moyen âge lui donnera plus tard beaucoup d'importance et de popularité. Nous en pèserons la valeur quand nous traiterons de la légitimité du prêt à intérêt au point de vue du droit naturel [4]. Pour le moment, nous nous bornons à faire remarquer ces emprunts des Pères à la littérature païenne. J'en trouve sur-le-champ un second exemple, lorsque notre orateur, à l'exemple de Caton, compare le prêt à intérêt au vol. « On donne le nom de voleur à celui qui pille les passants. Et quand le vol se fait sous voile d'usure, avec des témoins et des contrats, croit-on le rendre licite en l'appelant du nom de prêt, ou autre aussi bien sonnant? »

Puis, après avoir décrit avec éloquence les angoisses de l'usurier observant toutes les actions de son débiteur, ses voyages, son trafic; tantôt couvant ses bénéfices, tantôt pleurant sur ses pertes et déployant ses contrats les yeux pleins de larmes, comme s'il eût perdu son propre fils [5] : « N'est-il pas vrai, ajouta-t-il, en faisant allusion aux maux présents de la société, que c'est l'usure qui ruine les maisons, qui désole les familles, qui dissipe leurs biens, qui fait tomber dans une condition pire que celle des esclaves, des personnes d'une condition honnête? S'il n'y avait pas tant d'usuriers, il n'y aurait pas tant de pauvres [6]. Or, ceux qui, en pratiquant cet infâme trafic, se décorent du nom de prêteurs, ne ressemblent-ils pas à ces furies des païens à qui l'on donnait un nom favorable qu'il fallait prendre à contre-sens [7]? Comment pourront-ils comparaître devant le tribunal de Jésus-Christ, et que répondront-ils à ce juge incorruptible quand il leur dira : « Vous » aviez la loi, les prophètes, les pré- » ceptes de l'Évangile; ils vous disaient » tous d'un commun accord qu'il fallait » aimer la charité et l'humanité : *Ingemi- » nantes una voce caritatem et humanita- » tem !* »

« Eh bien, diront les usuriers, puisqu'on tourne en dérision nos bienfaits, nous ne prêterons plus! Mais non! il faut donner, il faut prêter. Le prêt gratuit est une espèce de don : *Altera enim donationis species est mutuum*. Mais il faut prêter sans intérêt. On est également coupable quand on refuse de prêter ou quand on prête à usure [8]. *Æque enim obnoxius est pœnæ qui non dat mutuum et qui dat sub conditione usuræ.* »

Saint Grégoire avoue cependant qu'il n'y a pas encore de peines canoniques prononcées contre l'usure; il s'étonne que l'épiscopat ait laissé jusqu'alors ce crime impuni, et qu'on ne lui ait pas appliqué la pénitence publique, réservée pour l'idolâtrie, l'homicide, l'adultère [9]. En effet, les conciles, comme nous l'avons vu, n'avaient atteint que les clercs par leurs décrets, et, pour vivre en bonne intelligence avec l'État dont l'Église avait besoin, ils avaient laissé les laïques sous l'autorité des lois temporelles qui permettaient les usures. Ce n'est que beaucoup plus tard, et seulement en Occident, que les usures furent qualifiées de crime punissable et frappées des peines canoniques. Du reste, ce témoignage de saint

[1] *In Ecclesiast.*—Hom. 2, t. 1, p. 410 et suiv.;—Et t. 2, p. 228 et suiv.

[2] Hic est ille partus quem parturiit quidem avaritia, parit autem iniquitas, et obstetricatur inhumanitas (p. 410).

[3] *De vitando ære alieno*, nº 11.

[4] *Infra*, nº 334.

[5] T. 2, p. 228.

[6] Si non esset tanta multitudo usurariorum, non esset tanta copia pauperum (p. 230).

[7] P. 234.

[8] P. 234.

[9] T. 2, p. 121. *Epist. canon. Voy.* Thomassin, p. 224.

Grégoire de Nysse sur l'état de la diseipline a nne grande importanee [1].

Saint Grégoire de Naziance, compatriote et ami de saint Basile [2], s'élève aussi dans ses discours eontre l'usure, qu'il eondamne en elle-même surtout à eause de la stérilité de l'argent. *Alius usuris et fœnoribus terram contaminavit : colligens ubi non seminarat, et metens ubi non sparserat, non ex terræ cultu, sed ex pauperum inopia et penuria commoda sua comparans.* « Voyez eet autre qui » souille la terre de ses usures, moisson» nant où il n'a rieu semé, augmentant » ses riehesses, non par la eulture de la » terre, mais par la misère des pau» vres [3]. » Saint Grégoire de Naziance n'est pas moins impitoyable que saint Basile et saiut Grégoire de Nysse pour eette idolâtrie de l'or et ee mépris du pauvre, qui lui paraissent le mobile de l'usure.

Saint Chrysostome [4], autre lumière de l'Église d'Orient, à la fin du IVe et au commeneement du Ve siècle, saint Chrysostome, en tounant aussi eontre l'usure, savait qu'il allait heurter de nombreux préjugés et des habitudes invétérées. *Non sum nescius molesta hæc verba multis videri.* Mais à quoi bon flatter les oreilles et perdre les âmes? Rien n'arrête done sa parole indomptable; il ne voit que les misères du peuple, que la scandaleuse oppression des elasses inférieures par des riches qui foulent aux pieds les droits de l'humanité, qui sont plus barbares pour leurs colons que les barbares eux-mêmes, qui oublient que ces malheureux out des femmes, des enfauts, qu'ils sont hommes en un mot [5], et qui, sans pitié pour leur faim, pour leurs fatigues, les chargent d'usures éerasautes. Dans l'ardeur de son zèle, il déclare la guerre à la loi civile elle-même, trop iudulgente. « Ne me parlez pas des lois civiles! *Nec de illis quidquam mihi dicas, quæ exterioris sunt legis.* Le publicain gardait les lois extérieures, et il ne laissa pas d'être puni. *Nam et publicanus exteriorem servat legem et tamen punitur.* La même ehose vous arrivera, si vous ne eessez d'affliger les pauvres en faisant servir leur pénurie à votre trafie impudent.

» Ne dites pas non plus que celui à qui vous prêtez à nsure en a de la joie. C'est comme si vous disiez qu'il rend grâce à votre inhumanité. Abraham livra aussi sa femme aux barbares pour sauver sa vie et la sienne; mais il n'agissait pas librement, et la erainte du pharaon était son seul mobile [6].

» Du reste, si vous prenez la peine d'interroger les législateurs des païens (et iei nous apercevons à découvert cette allianee que nous signalions tout à l'heure de la philosophie chrétienne avec la morale des philosophes païens relativement à l'usure), ils vous apprendront que l'usnre a toujours été regardée par eux comme le signe d'une excessive impudenee. Aussi ne souffraient-ils pas que leurs sénateurs flétrissent leur dignité par ces gains; leurs lois défendaient à eeux qui gouvernaient la république de se souiller par l'usure. — *Quod si exteriores legum conditores interrogare volueris, disces ab illis quia extremæ impudentiæ signum fœnus semper judicatum est, quare nec amplissimos homines, quos senatores appellant, hujusmodi emolumentis deturpari sinunt. Sed leges prohibent, ne qui rempublicam gerunt, tali lucro maculentur* [7]. »

Puis, il vient à l'argument célèbre, et si souvent répété depuis Aristote, de la stérilité de l'argent, et il lui donne une forme plus pittoresque et plus oratoire. Quoi de plus déraisonnable que de semer sans terre, sans pluie, sans eharrue? Aussi, tous eeux qui s'adonnent à cette

[1] Saumaise a tiré parti de ce fait pour montrer que l'esprit de la primitive Église n'était pas si sévère aux usures que les théologiens plus récents (*De fœnore trapezit.*, p. 18, et 247, 248, 353).

[2] Il était Cappadocien.

[3] Orat. 15.

[4] Hom. 56, *in Matth.*, 506. — Né en 344, ordonné en 386, mort en 407. — Il était d'Antioche, et fut patriarche de Constantinople.

[5] *Voy* Hom. 62, *in Matth.*, p. 545.

[6] P. 507.

[7] P. 508.

damnable agriculture n'en moissonnent que de l'ivraie, qui sera jetée dans les flammes éternelles. *Quid enim irrationabilius inveniri potest, ut sine agro et pluvia et aratro seminare contendas ? Has ob res omnes qui hanc pestiferam agriculturam adinvenerunt, zizania metunt, quæ igni æterno tradetur* [1] !

» Retranchons donc ces enfantements monstrueux de l'or et de l'argent, étouffons cette exécrable fécondité ; suivons le conseil de saint Paul, qui dit que la piété avec une honnête médiocrité est un grand gain : *Hujusmodi pecuniarum partum excidamus; exsiccemus hunc pestiferum uterum... A Paulo audi : Magnus quæstus est pietas cum sufficientia* [2]. »

Tels étaient les efforts des Pères grecs pour faire entrer la société civile dans les voies de la perfection évangélique. Mais, je le répète, leur tentative fut vaine [3]. La société résista, et le pouvoir civil autorisa cette résistance par ses lois sur le taux de l'intérêt. Justinien pensa qu'il était plus conforme à une politique prudente de modérer le taux des usures que de se livrer à l'impossible tentative de les extirper radicalement [4]. Basile se crut plus fort; il érigea en loi du monde extérieur un conseil de morale donné à la conscience [5]. Mais son entreprise mourut avec lui. Son fils Léon le Philosophe en revint aux lois de Justinien, reconnaissant que, dans la politique, le mieux est souvent l'ennemi du bien, et que la société civile renferme des imperfections auxquelles le législateur doit faire quelques concessions [6]. L'Église

---

[1] P. 508.
[2] *Id.*
[3] Thomassin, p. 268, 269.
[4] L. 26, C., *de usuris.* « *Veterem duram et gravissimam eorum molem ad mediocritatem reducentes.* »

Aux personnages illustres, qui doivent donner l'exemple de la modération et dont les richesses sont assez grandes pour qu'ils puissent être moins exigeants, il ne permet que l'intérêt de 4 p. %, *tertiam centesimæ partem.* On continuait à compter par la centésime, surtout parmi les populations grecques du Bas-Empire. Le 4 p. % était, au surplus, un taux modique eu égard à l'état de la richesse publique. C'était celui qu'avaient préféré Antonin le Pieux (1) et Alexandre Sévère (2) dans leurs contrats privés, et Justinien ne pouvait rien faire de mieux que de ramener à l'exemple de ces hommes vertueux la noblesse de son empire.

Ceux qui font le commerce pourront prêter à 8 p. %. Des intérêts plus élevés doivent être accordés au négoce pour qui les affaires sont plus productives que dans l'état ordinaire des choses, et dont les usures doivent être mises en rapport avec les profits mercantiles (3) ; mais ces usures ne doivent pas s'élever au 12 p. %. C'est une usure sanguinolente (4), et si le commerce doit être justement récompensé, il ne faut pas qu'il aille jusqu'à la dureté des usuriers.

Quant aux autres classes de citoyens, le taux légal de l'intérêt est fixé à 6 p. % (*dimidiam tantum centesimæ usurarum*), qui, au jugement de Pline l'ancien (5), était le taux modéré, *civilis ac modica usura.* Ce fut aussi le taux des intérêts du fisc.

Mais, dans les contrats de prêt à la grosse aventure, Justinien autorise le 12 p. %, sans vouloir qu'on le dépasse.

Il accorde aussi le 12 p. % à ceux qui prêtent des choses fongibles, telles que grains, vins, huiles, etc., etc.

Si ces fixations sont dépassées, les conventions seront considérées comme nulles en ce qui concerne l'excès donné à l'intérêt, lequel sera toujours réduit au taux légal. Ce qui aura été payé de trop sera imputé sur le principal. Du reste, Justinien ne rappelle pas la peine du quadruple, rétablie par Valentinien, Théodose et Arcade, dont la constitution n'a pas été insérée au Code Justinien (6).

L'empereur défend en outre toute usure déguisée, tous les détours des prêteurs, tous les faux-fuyants condamnés par les Pères de l'Église.

Enfin il renouvelle la prohibition de l'anatocisme (7).

(1) Capitolinus, c. 2.
(2) Lampride, c. 21.
(3) *Junge* Novel. 136.
(4) Sénèque. Voy. *supra.*
(5) 14, c 4

[5] Voici la version latine de sa constitution contre l'intérêt de l'argent :

« Etsi majorum nostrorum plerisque visum est, tolerandam esse usurarum præstationem, forte propter creditorum duritiam et inhumanitatem, nos tamen ut nostra christianorum republica plane indignam et aversandam censuimus, tanquam jure divino interdictam ; ideoque nostra volet serenitas, ne cuiquam, *omnino, in ullo negotio, liceat usuras accipere*, ut nedum juri servando studiosius addicti sumus, legem Dei violemus. Sed et si quis, vel tantillum reperit, sortit debebit imputare (8). »

[6] On sera bien aise de trouver ici la version latine de sa constitution (9) :

« Si a spiritus legibus ita se mortale genus regi sineret, ut humanis præceptis nihil indigeret, id vere et decorum et salutare esset. At quoniam se ad spiritus sublimitatem elevare, divinæque legis vocem amplecti non cujusque est, ac vero quos virtus durat, numero valde pauci sunt : bene sese adhuc res haberet, si saltem secundum leges humanas viveretur. Quæ vocantur pecuniæ creditæ usuræ, ubique a spiritus decreto condemnantur. Id sciens pater noster, æternæ memoriæ princeps, usurarum solutionem, sanctione sua, prohibendam putavit. Atqui propter paupertatem, res illa non in melius, quam tamen finem legislator propo-

(6) L. 2, C. Théod., *De usuris.* — Noodt, 2, 14.
(7) L. 28, C., *de usuris.* — L. 3, C., *de usuris rei judic.*
(8) Saumaise, *De usuris*, après sa préface ; et Harmenopule, lib. 3, tit. 7.
(9) Saumaise, *loc. cit.*

d'Orient elle-même, entraînée par la force des choses, se relâcha des rigueurs du concile de Nicée à l'égard des clercs. Tandis que ce concile avait interdit les usures aux clercs de tous les degrés, le concile appelé *in Trullo* se borna à les défendre aux clercs majeurs, c'est-à-dire à l'évêque, aux prêtres et aux diacres. Et encore cette défense ne s'étendit-elle qu'aux usures centésimes, qui étaient les plus violentes, les autres usures inférieures, autorisées par les lois impériales, restant en dehors de la prohibition [1]. *Episcopus, presbyter, vel diaconus, qui usuras, vel quæ dicuntur centesimas, accipit, vel cesset vel deponatur* [2]. On sait, et nous redirons plus tard, que les clercs orientaux, pour échapper à la sévérité du concile de Nicée, avaient inventé une combinaison astucieuse qui, sous la réunion apparente de trois contrats licites, cachait en réalité des usures déguisées [3]. La souplesse de l'esprit grec échappait comme un protée aux liens de la loi religieuse. Pour que cette loi ne fût pas méprisée, il fallut la rendre plus facile. Ainsi donc, le précepte évangélique ne put parvenir à se constituer en précepte civil dans l'Église et dans l'empire grecs. Nulle loi extérieure ne défendit l'intérêt de l'argent aux laïques, et Balsamon [4], qui écrivait vers 1200, reconnaît qu'il était pratiqué sans difficulté. Quant aux ecclésiastiques, nous venons de voir que les règles de la discipline avaient dû composer avec des habitudes que les plus hauts enseignements n'avaient pu vaincre.

Voyons maintenant la destinée des usures dans l'Église latine, et commençons par saint Ambroise [5]; il ne le cède en rien aux Pères grecs, ses contemporains, dans son aversion pour les usures. Sa dissertation a été souvent citée par les jurisconsultes, parce qu'elle contient quelques détails précieux des mœurs contemporaines; on y voit les calendes toujours redoutées dans leur retour périodique, et toujours accumulant les obligations et les angoisses des débiteurs [6]; on y voit les créanciers toujours persistant dans cette dureté que signale l'histoire romaine des premiers siècles, tantôt faisant vendre les enfants pour les dettes de leur père, tantôt mettant arrêt sur le corps du débiteur décédé et empêchant qu'on ne le porte en terre [7]. Au fond, saint Ambroise présentait à une société corrompue et d'un cœur endurci l'exemple de Tobie, le plus compatissant des riches, le plus héroïque des pauvres, qui prêta sans profit, et qui, malgré son indigence, ne redemanda son capital qu'à l'extrémité et pour ne pas faire de tort à son fils [8]. Ce sont là les hautes régions de l'Ancien et du Nouveau Testament, où le juste donne plus qu'il ne prête, et où la miséricorde divine le paye de ce qui ne lui est pas rendu [9]. Le législateur et les mœurs étaient fort éloignés de cette perfection chrétienne; aussi le saint orateur

---

» suerat, sed contra in pejus vergit. Qui enim antea usurarum spe ad mutuandam pecuniam prompti fuerunt, » post latam legem, quod nihil lucri ex mutuo percipere » possint, in eos qui pecunias indigent difficiles atque » immites sunt. Quin etiam ad facile jurandum, quodque » id fere consequitur, ad jusjurandum abnegandum, id » occasionem præbuit. Breviter, *propter redundantem in* » *humana vita perversitatem*, non modo non profuit » legis virtus, sed etiam abfuit. Quanquam igitur, ex se, » legem culpare (quod quidem etiam absit) nequeamus, » propterea tamen quod humana natura, quomodo diximus, ad illius sublimitatem non perveniat, egregium » illud præscriptum abrogamus, ac in contrarium statuimus, *ut æris alieni usus ad usuras procedat*, idque » quomodo veteribus legislatoribus placuit, ad trientes » centesimæ nempe, quæ quotannis in singulos solidos, » singulas fœneratoribus siliquas pariunt. »

[1] Thomassin le reconnaît, p. 269.

[2] *Voy.* le texte dans Saumaise (*De usuris*, après la préface). J'ai pris sa traduction, plus correcte et plus exacte que celle de Thomassin.

[3] *Voy.* mon *Comm. de la société*, — Thomassin, p. 385.

[4] *In canon.* 14. *Epist. Basil.* — *Junge* Thomassin, p. 269. — Saumaise, *De trapezit. fœnore*, p. 68 : « *Græci simplicius et apertius* QUI TYRANNIDE ILLA *oppressi non fuere, usuras liberas plebi christianæ reliquerunt.* »

[5] Né en 340, à Trèves ; évêque de Milan. Il correspondait avec saint Basile. On sait la manière dont il traita l'empereur Théodose à cause du massacre de Thessalonique. Mort en 397, regretté du peuple et des princes.

[6] *De Tobia*, c. 12, p. 751.

[7] *Ibid.*, c. 8 et 10.

[8] C. 2.

[9] Justus enim est qui miseretur et commodat. Si amittitur pecunia, comparatur misericordia (c. 2).

se montre-t-il pressant dans ses éloquentes invectives, et ardent dans sa charité. Moraliste, il détourne des emprunts, comme Plutarque, en exposant les dangers qui en sont la suite, et conseille de se faire riche par l'épargne et non par les secours dangereux des prêteurs qui vous dépouillent [1]. Économiste, il rappelle le mot célèbre de Caton l'agronome : *Quid fœnerari? Quid hominem occidere* [2]? Il voit une des causes de la décadence sociale dans les usures dont le nom vient, suivant lui, de ce qu'elles usent et consument les patrimoines [3]. Philosophe chrétien surtout, il veut que les hommes vivent en frères, qu'ils s'aident dans leurs maux, qu'ils se prêtent pour se faire plaisir, et que l'argent qui est inutile aux uns soit utile aux autres [4]. Quoi de plus inique que de vouloir qu'un débiteur vous engage pour un peu d'argent sa propre vie et son patrimoine [5], que de prêter, non pas à l'homme, mais à des gages [6]! Dieu est le spectateur du créancier et du débiteur; il voit l'iniquité de l'un et la calamité de l'autre, il condamne l'avarice de celui-là et la folie de celui-ci [7]. Ne pensez pas, au surplus, mes chers auditeurs, que je sois contraire à vos avantages. Si j'empêche que les hommes soient vos débiteurs, c'est que je leur substitue Dieu même. Ce sera lui qui sera votre débiteur. Prêtez à Dieu à usure en donnant aux pauvres; c'est lui qui s'obligera pour vous; c'est lui qui écrit sur le kalendaire tout ce que reçoit l'homme qui a besoin L'Évangile est sa caution [8].

Telles sont les principales idées que développait saint Ambroise devant un auditoire dont les intérêts temporels étaient gouvernés par des règles de conduite bien plus faciles. L'orateur s'arrête cependant, en apparence, aux limites de la spiritualité, et il ne va pas jusqu'à aborder d'une manière expresse l'antagonisme de la loi civile et du for intérieur [9]. Mais les conséquences sont faciles à tirer, et, pour être tacites, elles n'en sont pas moins accablantes pour la loi civile.

Saint Ambroise, du reste, ne se contentait pas de prêcher lui-même cette doctrine. Il voulait que les évêques et les prêtres qu'il instruisait prissent soin, de leur côté, d'extirper un mal si grand et si étendu, et qui lui apparaissait comme la cause de tant de révolutions sociales et de ruine pour les peuples : *Populi sæpe conciderunt fœnore, et ea publici exitii causa extitit. Unde nobis sacerdotibus id præcipue curæ sit, ut ea vitia resecemus, quæ in* PLURIMOS *videntur serpere* [10]!

Saint Jérôme, qui vécut vers le même temps que saint Ambroise, marcha sur ses traces [11].

Il commence par proscrire l'usure, au nom du progrès moral qui préside aux destinées de l'humanité.

« Dans la loi hébraïque, dit-il, il est enseigné : Vous ne donnerez pas à usure à vos frères. Vous pourrez le faire aux étrangers. *Et quo modo dicitur : Fratri tui non fœnerabis; alieno autem fœnerabis.* Mais voyez le progrès dans la morale : *sed vide profectum.* Au commencement, la loi se borne à défendre l'usure entre les frères. Puis, le prophète Ézéchiel la défend en général. Mais l'Evangile donne le dernier accroissement à la vertu (*virtutis augmentum*), et le Fils de Dieu commande :

[1] Melius fuerat in principio tenuare sumptum... quam ut, ad horam, ditatus alienis, postea exuereris et propriis (c. 5, p. 745). *Junge* c. 7 et c. 12.
[2] C. 14, p. 752.
[3] Usuram quoque ab usu arbitror dictam, quod ut vestes usu, ita usuris patrimonia scindantur (c. 13).
[4] Prosit alii pecunia quæ tibi otiosa est (c. 2).
[5] *Quid iniquius, qui pecuniam datis, ET VITAM obligatis et patrimonium?* (C. 4, p. 743.)
[6] *Vos, inquam, dicitis creditores*, QUI NON HOMINI, *sed pignori creditis.* (*Loc. cit.*)
[7] C. 7, p. 746. — Ambos ergo videt Dominus fœneratorem et debitorem... Testis alterius iniquitatis, alterius injuriæ. Illius avaritiam condemnat, hujus stultitiam.
[8] Nolite ergo jam invidentem me vestris commodis credere... putatis quod hominem subtraham vobis debitorem? Christum subrogo. Fœnerate ergo Domino pecuniam vestram in manu pauperis. Ille astringitur et tenetur. Ille scribit quidquid egenus acceperit. Evangelium ejus cautio est! (C. 16, p. 755.)
[9] Thomassin, p. 315, 316.
[10] *Epist* 70, 5, 1101.
[11] Né en 331, mort en 420.

Prêtez à ceux de qui vous n'espérez de rien recevoir [1].

Après avoir montré ce progrès de la morale chrétienne sur la morale ancienne, saint Jérôme insiste pour en ordonner la pratique. Cependant, pas plus que saint Ambroise il ne nomme positivement la loi civile. Mais sa pensée perce à travers les réticences; elle n'a pas besoin de dire ce que tout le monde comprend. On se rappelle, en effet, que Constantin avait réglé à 50 pour °/。 l'intérêt des choses fongibles : un boisseau pour deux prêtés. Ceux qui croyaient bien faire se contentaient de la moitié de ce profit, espérant que cette modération les mettrait en paix avec l'Église. Mais ils se trompent et saint Jérôme ne consent à leur rien accorder :

« On exerce dans les campagnes, dit-il, » les usures du froment et du millet, du » vin, de l'huile, et d'autres espèces.... » Par exemple, on donne dix boisseaux » en hiver, et au temps de la moisson on » en reçoit quinze, la moitié plus. Ceux qui » veulent passer pour plus équitables se » contentent de prendre le quart en sus au » lieu de la moitié, et voici leur raison- » nement : J'ai donné un boisseau de » grain, lequel ayant été semé en a pro- » duit dix. N'est-il pas juste que je prenne » la moitié de la moitié, ou le quart d'un » boisseau, puisque celui à qui j'ai prêté a » neuf boisseaux et demi pour lui, par mon » bienfait? Ne vous trompez pas! dit l'a- » pôtre; on ne se joue pas impunément » de Dieu. Qu'un de ces prêteurs charita- » bles veuille bien répondre à cette ques- » tion : Avez-vous prêté à celui qui avait » ou à celui qui n'avait pas? S'il avait, » pourquoi lui prêter? S'il n'avait pas, » pourquoi lui en demandez-vous da- » vantage, comme s'il avait [2]? »

Pendant que saint Jérôme tenait à Rome ce langage, inspiré par ses communications avec les Pères d'Orient, saint Augustin [3] répandait dans l'Église d'Afrique les mêmes préventions contre les usures [4]. Il veut que les fidèles restituent ces richesses d'iniquité (***mammona iniquitatis***) [5] acquises par ce moyen exécrable [6]. — Puis, dans une de ses épîtres, il pose la question de savoir ce qu'il faut penser des usures autorisées par les lois et les jugements; question que ses sermons ne touchent pas d'une manière aussi directe et aussi hardie. « Ce sont » des biens mal acquis, dit-il, je voudrais » qu'on les rendît. Mais il n'y a pas de » juge pour l'ordonner [7]. »

J'en ai dit assez sur la morale des Pères.

Cependant les conciles provinciaux n'avaient pas prononcé de peines canoniques contre les sectateurs de la loi civile [8], bien que quelques-uns eussent insinué, pendant le IVe siècle, que l'usure faite par les laïques est contraire à la parole de Dieu [9].

Mais, sous le pontificat de saint Léon, l'autorité du droit civil fut plus sérieusement compromise, surtout en Italie. Ce pape, dans une lettre décrétale, se plaint des désordres dont se rendent coupables par les usures les laïques, qui, voulant passer pour chrétiens, cherchent dans les prêts à intérêt des sources injustes de richesses; il ordonne de réprimer ces actes

---

[1] *In Ezech.*, c. 18.

[2] *In Ezech.*, c. 18 : « Solent in agris frumenti et milii, vini et olei, cæterarumque specierum usuræ exigi..... Verbi gratia, ut hyemis tempore demus decem modios, et in messe recipiamus quindecim, hoc est, amplius partem mediam. Qui justissimum se putaverit, quartam plus accipiet portionem; et solent argumentari ac dicere : Dedi unum modium, qui, satus, fecit decem modios. Nonne justum est, ut medium modium de modio plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem et semis, de meo habeat? Nolite errare, inquit apostolus; Deus non irridatur. Respondeat enim breviter fœnerator misericors : Utrum habenti dederit, aut non habenti? Si habenti, utique dare non debuerat. Sed dedit quasi non habenti. Ergo quare plus exigit quam ab habente? »

[3] Né en Afrique en 354, sous Constance; évêque d'Hippone en 395; mort en 430.

[4] *De verbis dom.*, sermo 35.

[5] *Loc. cit.*

[6] *Detestabile, odiosum, exsecrandum* (in *Psalm.* 36).

[7] Epist. 54 : *Quid dicam de usuris, quas etiam* IPSÆ LEGES ET JUDICES REDDI *jubent?... Hæc atque hujusmodi* MALE UTIQUE POSSIDENTUR, *et vellem restituerentur. Sed non est quo judice repetantur.*

[8] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 18, 19, 66 et 67.

[9] Concile de Carthage, canon 13. (Labbe, t. 2, p. 717.)

avec sévérité et de couper dans sa racine cette occasion de pécher [1]. Cette lettre parle beaucoup plus haut qu'on ne l'avait fait jusqu'alors; elle partait d'ailleurs de l'autorité morale la plus élevée et la plus imposante. La puissance publique s'affaiblissait. Les absences fréquentes des princes et les invasions des barbares laissaient au pouvoir spirituel plus de latitude [2], et un pape tel que saint Léon était plus maître de la société qu'un Valentinien ou un Maxime. Le pontife qui venait de sauver des mains d'Attila Rome abandonnée par son pusillanime empereur avait quelques raisons de croire qu'il pouvait donner un avis décisif sur le fait des usures!

Ce n'était donc plus du côté du pouvoir civil que se trouvait le plus sérieux empêchement au renversement des lois usuraires : c'était dans les vieilles habitudes des peuples; c'était surtout dans la difficulté pratique de les modifier. L'empire romain, croulant et abîmé, manquait de ce lien énergique qui avait tenu les nations unies sous le sceptre de ses puissants maîtres; leurs relations devenaient plus rares; elles se renfermaient davantage en elles-mêmes, et le pouvoir spirituel, qui prenait la place du pouvoir temporel dans la capitale du monde, n'avait pas encore centralisé ses moyens d'agir sur des points éloignés du siége pontifical.

C'est pourquoi, si de l'Italie nous passons dans les Gaules, au Ve siècle, nous y trouvons le prêt à intérêt toujours vivant à l'ombre des lois de l'État, et pratiqué par les hommes les plus considérables et les plus honorés.

Sidonius Apollinaris, évêque de Clermont, nous apprend [3] qu'un de ses amis, Maxime [4], avait prêté à Turpion [5] une somme d'argent avec l'intérêt de 1 p. % par mois, fixé par le droit civil [6]. Au bout de dix ans, les intérêts avaient dépassé le capital [7]. Turpion fut poursuivi : il ne put payer. Des amis s'interposèrent et firent agir Sidonius Apollinaris pour engager Maxime à se désister de ses droits. Sidonius Apollinaris alla voir Maxime, et il le trouva porté malgré lui à l'épiscopat par la contrainte du peuple. Il lui exposa la détresse de Turpion, atteint d'ailleurs d'une maladie grave. Sidonius n'avait pas encore fini de supplier Maxime, que ce dernier, ému de compassion et comprenant d'ailleurs les devoirs plus rigoureux de sa nouvelle dignité, consentit à faire remise des intérêts, pourvu que le capital lui fût payé dans un an. Sidonius Apollinaris remercia Maxime du soin qu'il prenait de sa réputation et de sa conscience. Dans une lettre qu'il écrivit à Turnus, fils de Turpion, pour lui apprendre le résultat de sa négociation, il lui fait sentir l'importance du sacrifice fait par Maxime, qui pouvait tout exiger : *cum totum possit exigere*. Il l'engage à s'acquitter le plus tôt possible, sans quoi de plus longs retards autoriseraient Maxime à revenir sur sa concession. *Si moram patitur, quidquid propter misericordiam concesserat pie, juste reposcit propter injuriam.*

On voit par cette anecdote que le prêt à intérêt qu'avait fait Maxime n'avait pas nui à son honneur et à sa réputation, puisque les acclamations de ses concitoyens l'avaient ensuite investi de l'épiscopat. Sidonius reconnaît même qu'il aurait été fondé à exiger les intérêts stipulés. Et quand on songe que c'est un évêque qui atteste l'existence de ce droit, on peut conclure que dans les Gaules les lois civiles n'étaient pas encore tombées

---

[1] *Epist.*, c. 3; elle est de 445 : « Non hic quoque prætereundum esse duximus, quosdam lucri turpis cupiditate captos, usurariam exercere pecuniam et fœnore velle ditescere. Quod nos, non dicam in eos qui sunt in clericali officio constituti, *sed in laicos cadere* qui christianos si dici cupiunt, condolemus, quod vindicari acrius in eos qui fuerint confutati decernimus; et omnis peccandi opportunitas adimatur. » (Labbe, t. 3, p. 1293.)

[2] Thomassin, p. 334; — et Saumaise, *loc. cit.*

[3] 4, epist. 24, p. 122.

[4] *Maximo, palatino.*

[5] *Turpio, vir tribunitius.*

[6] *Cauta centesima est fœneratori.*

[7] *Quæ per bilustre producta tempus, modum sortis ad duplum adduxit.*

sous l'odieux que dans d'autres provinces on attirait sur elles. Il est vrai que Sidonius Apollinaris loue Maxime d'avoir généreusement accordé à ses prières [1] une renonciation profitable pour sa réputation et sa conscience. Mais n'oublions pas que Maxime était entré depuis peu dans les ordres sacrés, et qu'un évêque était tenu à une charité plus vive et plus exemplaire qu'un simple laïque. D'ailleurs, Sidonius admet que Maxime sera relevé de son abandon volontaire si Turpion manque désormais au remboursement convenu, et que les usures de dix ans devront lui être payées. Cette législation civile qui permet les usures n'est donc pas encore tenue dans les Gaules pour si radicalement mauvaise, puisqu'un prêtre, un évêque même, peuvent en recueillir, sans injustice [2], les profits.

En voici une autre preuve. Elle est tirée de l'histoire du siècle suivant.

Didier, évêque de Verdun, après une longue persécution du roi Thierry, fut rétabli dans sa ville épiscopale. Il y trouva les habitants si pauvres qu'il écrivit au roi Théodebert pour le conjurer de lui prêter une somme d'argent destinée à les secourir, lui promettant que cette somme, cautionnée par les commerçants de la cité, suivant l'usage, lui serait rendue avec les usures légitimes. *Pecuniam tuam cum legitimis usuris reddemus* [3]. Théodebert prêta à l'évêque 7,000 écus d'or qui firent refleurir le commerce dans Verdun et y rétablirent l'abondance. Au bout du temps convenu, l'évêque offrit au roi la restitution de ce qu'il lui devait. Mais Théodebert refusa libéralement intérêts et capital, satisfait d'avoir relevé de la pauvreté les habitants d'une de ses cités. Remarquons-le bien : c'est un évêque, Grégoire de Tours, qui appelle les profits de l'argent prêté *usuræ legitimæ*. C'est un autre évêque qui propose à son prêteur de lui assurer des usures, comme une chose d'usage et de droit, et qui vient ensuite lui en offrir le payement spontané. N'est-il pas vrai, dès lors, que l'habitude des prêts à intérêt était en pleine vigueur dans les Gaules; que le stoïcisme chrétien des saint Ambroise, des saint Jérôme, des saint Augustin, des saint Léon, n'avait pas encore pénétré dans cette contrée, et que les hommes les plus droits et les plus religieux n'attachaient aux usures civiles aucune idée d'injustice ou de péché?

C'est seulement à la législation des capitulaires qu'il faut arriver pour trouver l'abrogation des lois impériales sur les usures, et l'accord de l'État et de l'Église pour en proscrire l'usage. Le capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 789 [4] interdit les usures à tous sans exception : *Omnino omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare.* Cette défense est répétée dans un autre capitulaire de 813 [5] : *Usuram non solum clerici, sed nec* LAICI *christani exigere debent.*

Sous Louis le Débonnaire, les prohibitions sont réitérées; un capitulaire tiré du sixième concile de Paris, de 819, signale les usures comme le fléau des peuples, et atteste que beaucoup de débiteurs, écrasés par leur énormité, ont été obligés de fuir la patrie et d'aller vivre en pays étranger [6]. Le prêt à intérêt devient désormais un cas d'excommunication [7], et à partir de cette époque, et pendant tout le moyen âge, l'Église ne se départit pas d'une sévérité qui atteignait les laïques aussi bien que les

[1] *Cum rogabam.*
[2] *Juste reposcit.*
[3] Grég. de Tours, 3, 34. *Voy.* aussi la collect. de Guizot, t. 1, p. 148. Ceci se passait vers 539.
[4] Lib. 1, c. 5. On y rappelle la lettre canonique du pape saint Léon.
[5] Lib. 5, c. 38.
[6] Add. liv. 2, c. 20. On y rappelle les textes sacrés et le sentiment de saint Jérôme.
[7] Concile de Meaux de 843, c. 55 : *Canonicam in eos sententiam proferant.* » — 3e concile de Valence de 855, sous Charles le Chauve. — « *Usurarum etiam turpia lucra iterum canonica severitate inhibemus.* » (Can. 10.) — Concile de Paris de 850, can. 21 : « *Deinceps qui hæc sectari inventus fuerit* LAICUS, *excommunicetur.* »

clercs [1]. Les prêteurs à intérêt, qualifiés d'usuriers, furent considérés comme infâmes (*in tota vita infames habeantur*), écartés des lieux saints et privés de la sépulture ecclésiastique (*christiana sepultura priventur*) [2]. Le mot d'usure perdit le sens légitime qu'il avait dans les lois romaines; il devint synonyme d'extorsion, de vol, de crime capital. Il y a là-dessus un corps de doctrine ecclésiastique tellement considérable, qu'il serait infini d'en parcourir les détails. On ne permettait même pas le prêt à intérêt pour les bonnes œuvres, par exemple pour en employer les profits à racheter les esclaves chrétiens qui gémissaient dans les fers des Sarrasins.

Toutefois, vers l'époque de la renaissance du droit romain, lorsque la jurisprudence fut devenue l'objet d'une ardeur générale, il semble que l'étude de ces lois romaines, qui considéraient le prêt à intérêt comme un contrat licite, ait ranimé les usures, et affaibli momentanément les préventions dont elles étaient l'objet; car le concile général de Latran se plaint de ce qu'elles étaient si fréquentes, que plusieurs personnes négligeaient tout autre négoce, et s'adonnaient à leur exercice comme à une spéculation permise (*quasi licite usuras exerceant*) [3]. D'un autre côté, on voit par le témoignage d'Henri de Gand, célèbre théologien du XIIIe siècle [4], que, même à cette époque, les jurisconsultes étaient considérés comme suspects sur les questions d'usure; en effet, Henri de Gand déclare que ce n'est pas auprès d'eux qu'il faut aller chercher des enseignements, mais bien plutôt auprès des théologiens et des philosophes tels qu'Aristote [5].

Dans cet état de choses, le concile de Latran renouvela les peines contre les usuriers publics, et décida qu'ils ne seraient reçus ni à la communion, ni à l'offrande, ni à la sépulture ecclésiastique s'ils persévéraient dans leur péché. De toutes parts aussi, les papes, les évêques, les assemblées ecclésiastiques recoururent à des règlements nouveaux pour s'opposer au torrent et fortifier les défenses ecclésiastiques [6]; et, par exemple, le concile de Vienne ordonna que tous les magistrats des villes qui maintiendraient les statuts autorisant le payement des usures convenues, ou refusant action à ceux qui les répéteraient après les avoir payées, seraient frappés d'excommunication [7]. Bien plus, quel que fût le respect qu'on portait au serment, respect que le droit canonique poussa quelquefois à l'excès, le pape Innocent III déclara qu'il ne fallait avoir aucun égard à celui que les usuriers feraient faire à leurs débiteurs de payer les intérêts, parce qu'il était nul et de nulle valeur.

Enfin la législation civile mit le bras séculier au service des décrets de l'Église, et la prohibition canonique trouva une sanction rigoureuse dans les ordonnances des princes. En France particulièrement, le pouvoir séculier et le pouvoir religieux s'allièrent étroitement pour tendre au même but d'extirpation des profits usuraires [8].

Une seule classe d'hommes eut la permission de se livrer pendant le moyen âge aux produits de l'usure. Ce furent les juifs et les Lombards. Il faut savoir, en effet, que les princes vendaient à ces trafiquants le droit de faire la banque avec leurs sujets, et d'exercer dans leurs États leur commerce d'argent et de prêts.

---

[1] *Voy.* le concile général de Latran, sous Innocent II, c. 13, p. 595.

[2] *Id.*

[3] Il fut tenu sous Alexandre III. Il est rappelé dans le *Sexti decret.*, *De usuris*, c. 1, où l'on trouve une décision du concile général de Lyon de 1273, sous Grégoire X.

[4] Il mourut vers 1293.

[5] Non debet forma hujus contractus, in *genere cujus contractus iniqui sit, peti a juristis, sed magis a* THEOLOGIS ET PHILOSOPHIS. (Henric. Gandav., *Quotlib.*, 1, 9, 93.)

[6] Thomassin, p. 356, n° 2.

[7] Clem., l. 5, t. 5, *De usuris.* — Thomassin, p. 363, n° 10.

[8] *Voy.* dans Chorier, *sur Guy-Pape*, p. 275, la série des édits et ordonnances.

D'après les idées alors reçues, la tenue des banques et l'érection des *tables de prêt* [1] était un privilége régalien que le prince seul pouvait communiquer, et qu'en effet il concédait moyennant un prix. Dans tous les pays de l'Europe civilisée, en Italie, en Belgique, en Espagne, en Angleterre, en France [2], on voit des exemples de ces concessions. En Italie, par exemple, les princes, pressés par les besoins d'argent, se faisaient payer par les juifs de grands tributs, et leur permettaient en retour de retirer de leurs prêts des usures si fortes, qu'elles doublaient le principal en trois ans et quatre mois [3]. Puis, venaient les intérêts des intérêts, qui se calculaient tous les mois, en sorte qu'en peu de temps ces doubles usures combinées égalaient le capital. En Espagne, même tolérance, mêmes abus. Un jacobin espagnol, cité par Dumoulin [4], a fait le calcul de ces usures que les juifs exerçaient à l'ombre des priviléges royaux, et elles sont abominables. Aussi Dumoulin signalait-il cette contradiction bizarre, de la défense des usures faite aux peuples, et de la réserve qu'en retenaient les princes à leur profit; comme s'ils n'eussent pas été sujets à la prohibition! comme si le droit ne devait pas être le même pour tous! comme s'il pouvait être permis à des seigneurs ou tyrans *de relâcher la prohibition, moyennant gros butin, à qui il leur plaisait, et de faire avec des juifs tel cruel monopole pour manger et détruire leurs pauvres sujets* [5]!

Plus soigneux du bien de leurs peuples, les empereurs d'Allemagne fixèrent à des taux modérés les usures permises aux juifs [6]. La politique des rois de France surveilla sévèrement aussi leurs opérations [7]. Saint Louis alla même jusqu'à ne vouloir leur rien accorder, craignant que l'érection de leurs tables de prêt ne le compromît avec les canons, et peu rassuré par l'exemple de ses prédécesseurs, ou même par celui des papes, qui, s'il faut en croire des esprits satiriques [8], ne restèrent pas étrangers, moyennant de bonnes épices [9], aux profits des Lombards et aux usures des juifs. Mais ce roi pieux et sincère ne prenait conseil que de sa conscience. En vain ses ministres lui représentèrent que le bien de l'État devait le maintenir dans la voie suivie par ses ancêtres; que sans emprunts le peuple ne pouvait ni vivre, ni cultiver les terres, ni trafiquer; que les juifs étant déjà damnés, il n'y avait pas grand mal à leur abandonner un métier de damnation. Saint Louis crut les canons plus forts que l'intérêt public; il refusa d'autoriser les établissements

---

[1] Saumaise, *De trapezit. fœnor.*, p. 522.

[2] *Id.*, p. 501, 522, 577, 578, 587.

Guy-Pape, p. 272, dit qu'en France, excepté en Dauphiné, il est défendu de tenir banques publiques, si ce n'est par permission du roi

Zypæus, *Juris pontif.*, lib. 3, *De usuris*, nº 6, expose très-bien ce droit public : « Quamvis autem usurarum exercitium, jure divino vetitum sit, tamen quemadmodum in republica, ut majora mala evitentur, tolerantur minora, sic principes nostri (en Belgique), ne plures, ad obscuras usuras, majori reipublicæ incommodo, dilabantur, propter necessitatem, et populi indigentiam, debuerunt permittere Lombardos, idque et majores suos, aliosque supremos principes fecisse declarant et facere (ut de pontifice meminit Navarra, quoad terras suas), *quasi facultas hæc ad regalia et supremam potestatem* spectet... » Ici l'auteur passe en revue les concordats faits entre les ducs de Brabant et certains de leurs grands vassaux auxquels ils ont permis d'avoir des Lombards et des banques dans leur territoire..... Puis il ajoute : « Philippus Pulcher (duc de Brabant en 1494) quibusdam mercatoribus, ut vocat, fœnebrium mensarum exercitium permisit non tantum, sed et præmiis et privilegiis invitavit..... sicut medicus tenetur omittere curam morbi levioris quando ex ea periculum est majoris. Ideoque, in hoc casu, dicemus intentionem et animam legis ecclesiasticæ, de eliminandis aut non tolerandis usurariis, præsertim manifestis, atque alienigenis, cessare, adeoque ejus effectum. Et ita, ne *totus populus ad usuras dilabatur, quod corrigi non posset, uni id satius id permitti impune ;* quomodo, ne omnia impleantur libidine, in quibusdam locis tolerantur lupanaria. Hoc igitur fine et causa, atque ad sublevandam populi indigentiam, tolerati sunt mensarii. »

[3] Dumoulin, *Des usures*, p. 64, 65, 66, 67. Il cite les marquis de Mantoue. Coquille dit que leurs usures étaient de *tant par mois*, à l'usage des Romains. *Sur Nivernais*, tit. 21. art. 16, *in fine*.

[4] Jean de l'Hortie, *Des usures*, nº 65.

[5] Nº 66.

[6] Rodolphe II, par exemple, ne permet que 5 p. %. — Goldast, *Const. imper.*, p. 240. — Thomassin, p. 491. Zypæus, *loc. cit.*

[7] Dumoulin, *loc. cit.*, nº 67, *in fine*.

[8] Mathieu Pâris. — Dumoulin, *loc. cit.*, nº 66.

[9] Dumoulin, nº 66. Il repousse à ce propos l'opinion des jurisconsultes ultramontains qui ont excusé les papes en disant : *Qu'ils peuvent faire que le péché ne soit pas péché.*

de prêt, et ordonna que les chrétiens usuriers seraient livrés aux évêques, et que les juifs seraient chassés pour que le royaume ne fût pas souillé de leur contagion [1].

Mais tous ses successeurs ne furent pas aussi rigoureux, et nous voyons en 1327 Charles IV, dit le Bel, enjoindre aux *Italiens et oultremontains*, PRESTEURS *et casseniers* [2], de fréquenter les foires de Champagne à peine d'expulsion du royaume [3]. Cette qualification de *presteurs* est remarquable; elle précise l'un des caractères du commerce auquel se livraient ces étrangers. La banque proprement dite n'en était que l'une des branches; le prêt en formait une autre non moins lucrative. Lorsqu'ils ne dépassaient pas le 20 p. % dans leurs traités, on les trouvait modérés [4]. Au surplus, l'or et l'argent étaient si rares en Europe, que le taux de 20 p. % était dans le commerce le taux habituel de l'intérêt [5].

Je dis donc que le droit de faire la banque, qui comprenait le droit de prêter à intérêt, était dans l'Europe du moyen âge un droit public, dont les princes faisaient l'octroi à leur bon plaisir, et qu'ils retiraient de même.

Mais les concessionnaires de ce privilége n'en étaient pas moins odieux et infâmes. Les Lombards, qui avaient succédé aux Syriens dans le commerce de banque, sont célèbres autant par leurs richesses que par les haines qu'ils soulevaient dans l'esprit des peuples [6]. Les ecclésiastiques les excommuniaient [7]; ce qui ne les empêchait pas de s'en servir dans leurs besoins d'argent. S'il faut en croire Mathieu Pâris [8], il n'y avait pas en Angleterre un prélat qui ne fût enlacé dans leurs filets. Soit qu'ils ne se fiassent pas aux permissions données par le prince et dont l'expérience leur démontrait la fragilité, soit qu'ils ne trouvassent pas les usures tolérées assez hautes, ils palliaient leurs extorsions sous divers déguisements, et particulièrement sous la forme d'intérêts moratoires. Par exemple, l'emprunteur promettait que si à telle époque et dans tel lieu le capital n'était pas remboursé, il payerait aux marchands lombards, pour chaque deux mois, un marc pour dix, c'est-à-dire six pour dix; le tout pour les indemniser (porte la formule de contrat conservée par Mathieu Pâris) des dommages et dépenses à eux occasionnés par ce retard. Par là ces marchands s'imaginaient se mettre en paix avec le droit canonique, qui ne condamnait pas les intérêts octroyés par le juge dans le cas où le retard imprévu et affecté du débiteur apportait au créancier un dommage réel. Et néanmoins ils prenaient soin d'exiger des débiteurs des renonciations expresses à tous priviléges cléricaux et à toutes nullités provenant du droit civil et canonique. Mais ces précautions pour emprisonner les débiteurs, soit dans des formules captieuses, soit dans des pactes simulés, n'échappaient pas à l'œil vigilant et exercé des canonistes [9] : il était clair que le retard allégué n'était qu'une feinte, et qu'au mo-

[1] Cum autem in contrarium suaderent ei plures de consiliariis suis, asserentes *quod populus* VIVERE NON POTERAT SINE MUTUO, *nec terra excoli*, nec ministeria, nec mercimonia exerceri : et melius esse dicebant ac tolerabilius, quod judæi, *qui jam damnati sunt, hujus damnationis exercerent officium*, quam aliqui christiani, qui ex hac occasione etiam majoribus usuris populum opprimebant... Voici la réponse de saint Louis : « De christianis fœneratoribus et eorum usuris ad prælatos Ecclesiæ pertinere videtur. » Et quant aux juifs : « Dimittant usuras, aut exeant de terra mea, ne eorum sordibus amplius inquinetur. » (Duchesne, t. 5, p. 471. *De vita et actibus Ludovici noni*.)

[2] Casseniers signifie banquiers. *Voy.* Ducange, *Casana*.

[3] Ord. du Louvre, t. 1, p. 800.

[4] Arg. des ord. de Philippe le Bel de 1311 et 1312, qui, tout en défendant l'intérêt à 20 p. %, ne punissent cependant de la peine de corps et de biens que les intérêts excessifs, et, partant, les intérêts supérieurs à 20 p. %. *Ord. du Louvre*, t. 1, p. 494, 498, 508.

[5] Muratori, *Antiq. ital.*, t. 1, disc. 16, p. 893.

[6] Mon *Comment. de la société*, Préface.

[7] Saumaise, *De fœnore trapezit.*, p. 27, 507.

[8] Anno 1235. Invaluit autem his diebus adeo Coursinorum pestis abominanda, ut vix esset aliquis in tota Anglia, *maxime prælatus*, qui retibus illorum jam non illaquearetur. Etiam ipse rex debito inæstimabili eis tenebatur obligatus. Circumveniebant enim in necessitatibus indigentes, *usuram sub specie negotiationis palliantes*, et nescire dissimulantes, quod quidquid accrescit sorti, usura est, quocumque nomine censeatur.

[9] Voici leur formule : « Tali tenore adjuncto, quod si dicta pecunia prædictis loco et termino, sicut dictum est, non fuerit persoluta et reddita, ex tunc in antea semper transacto termino promittimus et teneamur per

ment du contrat les parties avaient entendu que le délai ne serait indiqué que pour la forme, les emprunteurs n'ayant pas l'intention de se libérer à l'époque prévue. Cela est si vrai que si par hasard le débiteur, trouvant des ressonrces inespérées, voulait payer avant le temps pour échapper aux mains de ces vampires, ceux-ci refusaicnt impitoyablement, pour ne pas perdre de leurs usures. Et en cela ils se moutraient plus cruels que les juifs, qui, au témoignage de Mathieu Pàris, à qui nous continuons à emprunter ces détails, recevaient le tout ou partie du capital toutes les fois qu'on voulait le leur rembourser, et rabattaient les intérêts.

On ue saurait dire combien de fois ces Lombards, riches habitants de Florence, souverains dans leur pays, rebut du monde dans le reste de la chrétienté, banquiers des rois, oppresseurs des peuples, aussi âpres dans la bonue fortune que patients dans la mauvaise, furent chassés, rappelés, chassés encore et dépouillés [1]. Ils finirent enfin par s'établir dans presque tous les États de l'Europe, y exerçant la banque, y tenant table de prêt sous la protection de l'autorité publique. En France, où les ordonnances du royaume apportaient des entraves au prêt à intérêt, ils prirent l'habitude de dissimuler leurs prêts sous les couleurs du contrat de change, et ils finirent par trouver dans cette fraude l'impunité. Il n'en est pas moins vrai qu'au XVIIe siècle on discutait encore pour savoir s'ils devaient être maintenus dans l'état d'excommunication dont le moyen âge les avait frappés, et Saumaise faisait un gros volume de 800 pages pour montrer que leurs services, autant que la nature de leurs opérations, devaient les faire absoudre par les théologiens [2].

Quant aux juifs, dont la destinée ne fut pas moins orageuse, l'Église ne lançait pas des foudres inutiles sur cette race maudite et de plein droit excommuniée; mais elle exhortait les princes soit à sévir contre leurs usures excessives, soit à les faire rentrer dans le devoir; et elle défendait aux fidèles, d'avoir aucun commerce avec eux sous peine d'excommunication [3]. C'est pourquoi le saint et célèbre Matthieu, prieur de Saint-Martin de Clugny, s'informant des dettes du monastère et ayant appris que l'on avait emprunté auprès des juifs, ces ennemis de Jésus-Christ, fut indigné d'une telle faiblesse et défendit d'avoir jamais recours à cet expédient: ***Ab universis eorum commerciis deinceps abstinete*** [4].

Toutefois je remarque que le quatrième concile de Latran, tenu en 1215, ne défend chez les juifs que les usures trop fortes [5]. Il résulte de là que l'É-

---

eamdem stipulationem dare et reddere prædictis mercatoribus, aut uni eorum, vel eorum certo nuntio, per singulos menses duos, pro singulis decem marcis, unam marcam dictæ monetæ, *pro recompensatione damnorum*, quæ damna et expensas ipsi mercatores ex hoc possent incurrere vel habere; ita quod damna et expensæ et sors cum effectu peti possint. »

[1] Henri III, roi d'Angleterre, les chassa en 1240, les rappela en 1250, les chassa en 1251 (Mathieu Pâris). — Bannis en 1268 par saint Louis. (Ord. du Louvre, t. 1, p. 96); — En 1274, par Philippe le Bel (Ord. du Louvre, t. 1, p. 298); — Le 19 septembre 1311, par Philippe le Bel (Ord. du Louvre, t. 1, p. 489).

Mais, en mai 1327, sous Charles IV, c'est tout autre chose. Le roi veut que ces *prêteurs*, c'est le nom qu'il leur donne, fréquentent les foires de Champagne, à peine d'expulsion (Ord. du Louvre, t. 1, p. 800).

Plus tard, inquiétés de nouveau : 1° en juin 1340, banqueroute à eux faite sous Philippe de Valois (Ord. du Louvre, t. 2, p. 143); 2° décembre 1347, les débiteurs sont déclarés quittes en payant au roi le sort principal des dettes contractées avec les Lombards et usuriers italiens (t. 2, p. 418); 3° réitération de ces mesures sous le roi Jean, avril 1350 (t. 2, p. 418, 441); 4° saisie de leurs biens sous le même, 18 juillet 1353 (t. 2, p. 525), etc., etc.

[2] *De trapezit. fœnore*, p. 593, 578, 630, 631, 632, etc.

[3] Lettre d'Innocent III à l'archevêque de Narbonne : « Judæos ad remittendas christianis usuras, per principes et potestates compelli præcipimus seculares. Et donec eis remiserint, ab universis Christi fidelibus *tam in mercimoniis*, quam in *aliis*, per excommunicationis sententiam, eis jubemus communionem omni modum denegari. » Voy. *supra*, p. 46, le décret du concile de Vienne. *Junge* Thomassin, p. 358.

[4] *Biblioth. Cluniacensis*, p. 114. *Voy.* aussi Thomassin, p. 413.

[5] « Volentes igitur prospicere christianis, ne a judæis immaniter aggraventur, synodali decreto statuimus, ut si de cætero quocumque prætextu judæi a christianis graves, immoderatasque usuras extorserint, *christianorum eis participium subtrahatur*, donec immoderato gravamine satisfecerint competenter. »

glise reconnaissait elle-même qu'il est des extrémités où le prêt à intérêt est un besoin public, et qu'elle consentait parfois à le tolérer chez les juifs quand il était exercé avec modération [1]. Elle pensait qu'en reléguant dans la sentine juive ce contrat suspect d'iniquité, qu'en concentrant dans les mains de cette race proscrite un commerce pestilentiel, elle en purgerait les consciences chrétiennes. Singulière politique cependant que d'accorder à des ennemis ce que l'on défendait entre frères! Comment espérer d'ailleurs que les juifs et les Lombards se contenteraient de profits modiques? Le glaive civil et le glaive ecclésiastique étaient sans cesse suspendus sur leurs têtes. Appelés quand on avait besoin de leur argent, chassés quand on avait besoin de leur expulsion; protégés un jour par les princes, persécutés et dépouillés le lendemain sur les plaintes des peuples; manquant de la sécurité qui est le premier élément du commerce, ils faisaient payer leurs prêts et leurs services en proportion des dangers qui les environnaient. Plus l'usure était haïe, plus elle était périlleuse à exercer; plus elle était périlleuse, plus elle était chère. Ainsi le mal était bien moins dans le mal que dans les idées fausses et antiéconomiques qu'on s'en faisait, et il arrivait, tout naturellement et par la force des choses, un résultat qui surprenait le pape Innocent III : c'est qu'à mesure que la société chrétienne prenait le prêt à intérêt en plus grande aversion, les juifs et les Lombards devenaient plus âpres à l'exploiter. « *Quo » amplius christiana religio ab exactione » compescitur usurarum, tanto gravius » super his judæorum perfidia insolescit; » ita quod brevi tempore christianorum » exhauriunt facultates.* » Empêcher toute concurrence, laisser les capitaux juifs et lombards maîtres exclusifs de la place, était-ce le moyen d'arriver au bon marché?

Telle était néanmoins l'absence totale d'idées économiques à cette époque, préoccupée d'autres intérêts et d'autres besoins. Le zèle des théologiens et des canonistes pour renvoyer le monopole du prêt aux Lombards et aux juifs comme à des boucs émissaires, leurs soins scrupuleux pour en extirper les dernières racines dans la vraie société chrétienne et civile, dont ces hommes semblaient ne pas faire partie, marquent dans la science du droit une époque curieuse à observer. En effet, comme les juristes étaient suspectés de romanisme, les théologiens se firent juristes, et apportèrent dans la jurisprudence leurs habitudes subtiles de discussion, leur vénération pour Aristote, leur mépris pour les Ulpien et les Justinien, ces champions des usures [2]. Un nouveau droit naturel fut promulgué sur cette matière, au nom des saintes Écritures et de la philosophie païenne unies ensemble dans la scolastique. Les tribunaux ecclésiastiques, juges des cas usuraires, retentirent de distinctions pointilleuses, de doctrines quintessenciées qui n'empêchaient pas de confondre ce que le bon sens romain avait admirablement séparé. Puis, à l'envi des canonistes, émules zélés en arguties, les théologiens scrutaient la substance de chaque contrat pour en dessiner, à leur manière, les nuances et les caractères. On passait en revue toutes les conventions connues, la société [3], le cheptel [4], le gage [5], etc. On en étudiait les plus fines combinaisons, de crainte que l'usure ne vînt y chercher astucieusement une place, ou y cacher ses embûches. En principe, il n'est pas mal que la théologie surveille avec attention les actes de la vie humaine; elle est dans son droit, elle remplit un de ses plus beaux devoirs, quand elle s'associe aux sciences séculières pour maintenir dans la société ce baume de morale et de vertu qui assure aux nations

[1] Thomassin, p. 363, 427.
[2] Henri de Gand, cité ci-dessus, p. 46.
[3] Mon *Comm. de la société*, nos 638, 683.
[4] Mon *Comm. du louage*, n° 1098, où je rappelle une controverse entre les canonistes et Pothier; et n° 1222, où je signale une de leurs exagérations.
[5] *Dissert. théolog. sur l'usure, passim.*

une vie saine et une longue durée [1]. Mais, il faut le reconnaître, la théologie n'a pas toujours été heureuse dans ses applications do la morale à la jurisprudence. Souvent elle a faussé les principes, elle en a mal calculé la portée; elle est restée en deçà, ou elle est allée au delà du vrai et du juste, par des faiblesses et des exagérations. Par exemple, tous les jurisconsultes dignes de ce nom, Pothier surtout, l'exact, l'honnète, le scrupuleux Pothier, ont vingt fois reproché aux théologiens et aux canonistes d'avoir porté le trouble dans les relations les plus licites par leurs terrours paniques de l'usure; et c'est avec raison que Coquille a dit : « Les canonistes ont traité » le fait des usures avec une extrême » rigueur, et avec péril, si les cours » layes suivaient leur doctrine, de gâter » tous les commerces [2]. »

Ces observations sur le caractère général de l'influeuce théologique en matière de prêt, ne veulent pas dire que tout le parti ecclésiastique marchait au même but sans tiraillement et sans division. Il est certain, au contraire, que trois nuances bien distinctes s'y font remarquer : 1° celle des canonistes et des théologiens purs, parmi lesquels régnaient les idées les plus absolues et les plus intolérantes; 2° celle des théologiens scolastiques, *qui raisonnaient plus politiquement* [3] et cherchaient à rapprocher leurs définitions des besoins du monde, de l'intérêt des princes et des peuples, du mouvement nécessaire au commerce; 3° enfin, celle des casuistes, partisans d'une dévotion facile, se prêtant à des moyens détournés, et satisfaits de sauver les apparences, tout en biaisant avec une loi trop sévère. C'était même une question fort sérieusement agitée parmi les docteurs appliqués à l'étude des cas usuraires, que de savoir si, dans le doute. on doit accorder la préférence aux théologiens, ou aux décisions des canonistes [4]. Ce qu'il y a de sûr, c'est que, dans l'origine, les opinions les plus rigides eurent l'avantage du nombre, de l'influence et de l'autorité.

Mais, pendant qu'elles se livraient à leurs investigations, l'usure s'agitait; elle aiguisait son esprit inventif. Quand une chose est naturellement injuste, la malice de l'homme ne résiste que trop à la loi qui la défend ; mais quand cette chose est licite en soi, faut-il s'étonner de l'industrie qui cherche à briser un frein importun ? C'est pourquoi les capitaux condamnés à l'inaction rivalisaient de vigilance avec les rigoristes pour s'ouvrir une issue que ceux-ci tenaient hermétiquement fermée, et l'on allait demander aux casuites, ces maîtres en fait d'astuce, des décisions de cas de conscience pour pratiquer avec tranquillité la fraude à la loi.

C'est de là que sortit la faveur dont jouirent pendant longtemps les trois contrats qui, par un habile artifice, simulaient une société à laquelle on joignait un contrat d'assurance du principal, et une vente du produit incertain pour un prix certain. Cette manière de faire un prêt à intérêt défendu, en contractant en apparence trois obligations permises, prit naissance en Orient, à l'époque où les canons défendirent les usures aux clercs. Elle ne tarda pas à y être dénoncée et condamnée. De l'Orient elle passa en Occident, et y fit grand bruit pendant le XVe et le XVIe siècle. Les opinions se partagèrent; il y eut des canonistes et des jurisconsultes dans les deux camps. Les trois contrats conquirent de nombreux partisans en Italie, en Espagne, en Portugal, en France. Le commerce. qui commençait à preudre de grands développements, y trouvait son avantage, et les hommes d'État, comprenant l'importance de cet essor, auraient bien voulu que le for intérieur et le for extérieur trouvassent de bonnes raisons pour légitimer les trois

[1] Mon *Comm. du louage*, n° 1222.

[2] *Sur Nivernais*, tit. 21, art. 13.

[3] Expression de Coquille (Quest. et rép. 123).—Dumoulin a fait aussi cette remarque (*Des usures*, 8, 16,

[4] Scaccia rapporte et discute ces prétentions respectives, § 1, q, 1, n° 19.

contrats. Le roi de Portugal était du nombre : désirant aider le commerce de Lisbonne par le concours des capitaux civils, il demanda au célèbre canoniste Navarre par quel moyen on pourrait autoriser les particuliers à confier leur argent aux marchands portugais avec un peu de profit qui ne fût pas de l'usure. Navarre lui conseilla les trois contrats. Car comment trois contrats permis auraient-ils pu contenir une convention illicite? Pourquoi leur réunion et leur mélange dans une seule combinaison seraient-ils plus injustes que leur triple action isolée? N'est-il pas vrai que le contrat de société, le contrat de vente, le contrat d'assurance ne contiennent en eux-mêmes rien qui ne soit approuvé par les consciences les plus timorées? Qu'on ne s'effraye donc pas du rapprochement et du concours simultané de ces trois conventions consacrées par le droit universel, pratiquées chez tous les peuples, et agents journaliers du commerce entre les hommes! Un fruit vénéneux ne saurait sortir de ces souches bienfaisantes.

Voilà à quelles misérables supercheries de raisonnement une prohibition arbitraire conduisait des esprits distingués et des âmes honnêtes! Mais le bon sens public, toujours ami en définitive de la sincérité, n'acquiesça pas à ces savants mensonges. On comprit que les trois contrats n'étaient qu'un prêt à intérêt dissimulé sous un masque habile, et que, tant que le prêt à intérêt resterait défendu, les trois contrats ne pouvaient être permis. Les trois contrats ne furent donc qu'un effort prématuré et éphémère des intérêts commerciaux et civils contre une prohibition qui n'avait pas encore fait son temps. Véritable doublure du prêt à intérêt, ils sont inutiles quand cette convention est permise ; ils ne sont qu'une fraude ingénieuse quand celle-ci est défendue.

De la condamnation des trois contrats, il n'y avait qu'un pas à faire pour proscrire les sociétés en commandite ou autres dans lesquelles l'une des parties stipulait des profits certains sans que son capital courût les chances du commerce. Au XVI[e] siècle, ces contrats étaient devenus si fréquents que le pape Sixte V se crut obligé de donner, en 1586, une bulle qui rappela les principes reçus en matière de société régulière, et déclara usuraires les conventions qui s'en écarteraient [1]. Il est certain, en effet, que la nature du contrat de société répugne à tout pacte qui ne laisse pas les périls communs, de même que les bénéfices. Ainsi donc c'était encore le prêt qui se glissait sous cette couleur, et les consciences se contentaient de tournures, de noms légitimes pour des choses malsonnantes. Dans leurs déclamations contre le prêt à intérêt, les théologiens et les canonistes n'ont cessé de répéter, avec Plutarque, que ce contrat est une occasion de déception et de mensonge. Mais, nous le demandons, la prohibition du prêt à intérêt n'est-elle pas une provocation encore plus grande à tromper la justice et à faire fraude à la loi ?

Une autre pratique artificieuse avait été essayée : c'était le contrat de *mohatra*, au sujet duquel Pascal a adressé aux jésuites de si piquantes plaisanteries [2]; le *mohatra* qui, sous un nom inintelligible, cachait une vente, laquelle, à son tour, cachait un prêt usuraire.

Ce n'est pas tout : sous prétexte d'intérêts moratoires et de dédommagement pour des retards de remboursement, on stipulait des usures qui n'étaient que le prix de délais convenus et qui n'avaient rien que le nom de commun avec les vrais intérêts moratoires. J'ai dit ci-dessus que ce détour avait été imaginé par les Lombards, ces grands palliateurs d'usure, et démasqué par les canonistes, ces infatigables investigateurs d'usuriers.

Ce n'était pas moins vainement non plus que les intérêts cherchaient un abri dans les antichrèses, autorisées par le

[1] Thomassin, p. 396.

[2] *Infra*, n° 364.

droit romain [1], ou dans le coutrat pignoratif, mélange de la vente à réméré avec le bail, etc., etc. [2]. Les canonistes purs faisaient sentinelle sur toutes les avenues du droit, et leur vigilance était en proportion de l'activité de la fraude.

Mais du moins n'y avait-il pas de grâce pour certaines combinaisons sans lesquelles le commerce quotidien serait, pour ainsi dire, tenu en échec? Par exemple, une vente de marchandises est faite avec terme de six mois : le vendeur pourra-t-il exiger un prix plus élevé à cause du délai qu'il accorde? Dans le négoce rien de plus fréquent, et l'on peut dire rien de plus juste, que cette convention. L'argent y est destiné à une rotation continuelle; s'il s'arrête dans son mouvement, l'action commerciale éprouve un temps d'arrêt, et le temps d'arrêt amène des non-valeurs et des pertes. Ce fut toutefois un des plus grands soins des théologiens et des canonistes que d'établir qu'une telle convention n'est pas permise.

Dans les constitutions du monastère de Citeaux [3], on n'hésite pas à la proscrire. On y décide que les marchands de l'ordre qui vendent les laines et autres produits du monastère, plus cher, à raison du délai accordé aux acheteurs, seront exclus de la communion jusqu'à ce qu'ils aient fait expiation entre les mains de l'abbé ou du prieur [4].

Mais les villes commerciales pouvaient-elles accepter sans appel une jurisprudence si contraire aux premiers éléments de tout négoce? A Gênes, la discussion prit un caractère de gravité tel, que l'archevêque dut consulter le pape Alexandre III. Quelle fut la réponse de ce dernier? Il propose une distinction. Si le vendeur a juste raison de croire que la marchandise augmentera de valeur, et qu'ayant l'intention de ne la vendre qu'à l'époque de cette plus value, il ait consenti, pour faire plaisir à l'acheteur, à ne pas attendre ce temps, il pourra retirer un profit de cette concession. Il renonce à une espérance qui a sa valeur réelle et qui doit être payée. Mais si toutes ces circonstances ne se rencontrent pas, le vendeur commet un péché. Au surplus, ajoute le pape, dans le doute, les Génois feront bien de s'abstenir de ces contrats s'ils veulent pourvoir à leur salut [5]. Mais, en se plaçant à un autre point de vue, il est permis de remarquer que les Génois n'eussent pas érigé une des républiques les plus florissantes par leur commerce s'ils fussent restés captifs dans ces entraves minutieuses.

Il est certain néanmoins que, dans les XIIIe, XIVe, XVe et XVIe siècles, les plus grands et les plus unanimes efforts furent faits par le clergé pour asservir le commerce à ces idées de désintéressement, incompatibles avec une profession dont le mobile est de ne faire rien pour rien. Les conciles d'Angleterre [6] nous offrent les constitutions synodales d'Alexandre, évêque de Coventry, où les ventes à termes sont condamnées, avec obligation de restituer tout ce qu'on a pris à cause du délai. Même défense dans les constitutions synodales du diocèse d'Exeter [7]. On y donne pour raison déterminante que c'est vendre le temps, qui ne peut être vendu, puisque Dieu l'a rendu com-

[1] Marcianus, l. 32, Dig., *de pignerat. action.*; *infra*, n° 389.

[2] *Infra*, n° 390.

[3] *Monasticon Cisterciense*, p. 349. *Voy.* aussi Thomassin, p. 412.

[4] Mercatores ordinis nostri non vendant carius res nostras pro termino prolongando; quod si fecerint, non communicent, donec confiteantur proprio abbati vel priori, si abbatem contigerit absentari.

[5] Decret., lib. 5, tit. 19, c. 6 : « In civitate tua dicis sæpe contingere, quod cum quidam piper, seu cinnamomum, seu aliquas merces comparant, quæ tunc ultra quinque libras non valent, et promittunt se illis, a quibus illas merces accipiunt sex libras, statuto termino soluturos. Licet autem contractus hujusmodi, *ex forma*, non possit censeri nomine usurarum, nihilominus tamen venditores peccatum incurrunt; nisi dubium sit merces illas plus minusve, solutionis tempore, valituras, et ideo cives tui, saluti suæ bene consulerent, si a tali contractu cessarent; cum cogitationes hominum omnipotenti Deo nequeant occultari. »

La rubrique de cette décrétale dit plus sommairement : « *Vendens rem plus quam valeat, quia solutionem differt peccat; nisi dubium sit an, tempore solutionis, erit valor variatus, et venditor non erat venditurus tempore quo vendidit.* »

[6] *Concil. angl.*, t. 2, p. 213, 258.

[7] *Loc. cit.*

mun à tous. *Tempus non venditur, quod omnibus est commune.* Saint Thomas insiste aussi sur cette raison. Vendre le temps, qui ne saurait entrer en négoce, est, suivant lui, une usure caractérisée. Ce n'en est pas une moindre que de diminuer quelque chose sur ce qu'on doit, parce qu'on a payé plus tôt qu'on ne le devait. C'est encore vendre le temps, qui n'est pas une chose de commerce [1]. L'assemblée générale du clergé tenue à Melun en 1579 [2], et le concile de Bordeaux tenu en 1583 [3], ne sont pas moins précis. Défense de vendre au delà du juste prix à cause du payement retardé. Défense d'acheter moins que le juste prix à cause du payement avancé. Gerson a fait une règle de tout cela dans ses *Instructions aux marchands* [4] : *Nec ad diem vendant, vel carius ob dilatam solutionem.* Les puristes voulaient même qu'on oubliât la distinction d'Alexandre III; disant que c'était trop accorder à des prétextes presque toujours vains et par lesquels l'avarice des vendeurs cherche à se faire illusion [5]; que ce gain espéré était le plus souvent si incertain, si imaginaire, si difficile à estimer, qu'il valait mieux en général n'en pas tenir compte [6].

Nulle indulgence non plus pour les deniers pupillaires [7], dont le droit romain ordonnait le placement avec intérêt [8]. Il fallut que les tuteurs en fissent emploi en contrats de constitution ou en achats d'héritages [9]; mais les colloquer à intérêt fut expressément défendu.

Les deniers dotaux ne furent pas plus favorisés. Défense d'en tirer des usures [10], si ce n'est dans le cas où, après sommation, ils n'auraient pas été payés au mari, qui doit supporter les charges du mariage [11].

Enfin, pour tout dire en un mot, je rappellerai une anecdote que raconte Dumoulin [12], et qu'il avait empruntée au fameux jurisconsulte Pierre d'Ancharan. Un bourgeois de Seez, nommé Reynier, avait coutume de prêter gratuitement aux pauvres et sans intérêt. Seulement, quand les débiteurs venaient lui rendre son principal, ils lui faisaient quelque petit présent volontaire, suivant leurs facultés. Ou bien, s'il avait la condescendance de prolonger le terme, ces débiteurs lui témoignaient leur reconnaissance par de pareils cadeaux, purs de toute contrainte, et fruit d'un sentiment tout spontané. L'évêque de Seez en fut informé et lui fit son procès. En vain les pauvres prirent unanimement la défense de cet homme qui les secourait dans leurs besoins et dont la charité n'avait jamais été en défaut. La mémoire du bourgeois de Seez n'en fut pas moins condamnée après sa mort, du conseil même d'Ancharan, à qui la procédure fut communiquée. Ses héritiers furent contraints à restituer ce qu'il avait reçu, non pas à ceux qui avaient donné, puisqu'ils avaient agi volontairement, mais à d'autres pauvres au choix de l'évêque.

On voit par ce détail que les cas d'usure ressortissaient alors au tribunal de l'évêque, et la vie de saint Louis nous en a déjà offert une autre preuve. Cette juridiction était soutenue avec force par les canonistes, qui y trouvaient un moyen de plus d'exercer leur rigueur. « Et aucuns docteurs de droit civil, dit Co-

(1) *Opuscul.* 41. Ad. 67, p. 846.
(2) *Concil. noviss. Galliæ*, p. 111.
(3) *Id.*, p. 310. « Ne quis ob dilatum solutionis diem, carius vendat, quam justi pretii ratio ferat. Sed neque etiam ob anticipatam solutionem res minoris ematur justo pretio, vel minus solvatur. »
(4) T. 1, p. 198.
(5) Thomassin, p. 404, n° 9. Une réponse d'Urbain III à un marchand ne fait pas, en effet, cette distinction.
(6) *Id.*, p. 409.
(7) Premier concile de Milan. Concile de Malines en 1570. Assemblée de Melun de 1579. Concile de Bordeaux de 1583 (Thomassin, p. 418).
(8) Paul, l. 15, Dig., *de administ. et periculo*; et Constantin, l. 22, C., *de periculo tutor.*; et *passim*, dans ces deux titres.—Nov. 72, c. 6.
(9) Ord. d'Orléans de 1560, art. 101. — Coquille, *sur Nivernais*, tit. 21, art. 15. Voy. *infra*, p. 60, et la note 7.
(10) Thom., p. 419, n° 9, et 423, n° 13.
(11) Coquille, *loc. cit.*—Cout. de Bourgogne et Nivernais.—Le ch. *Salubriter*, ext. *De usuris*.
(12) *Des usures*, n° 63.

» quille, ont adhéré à cette opinion pour » ce que la plupart d'entre eux enseignoient à Bologne et Pérouse, qui sont » terres d'Église. De cette opinion est » Alexandre, *cons.* 56, vol. 1er, et *cons.* 1, » vol. 2, où il dit la raison, pource qu'au » droict canonique appartient l'interprétation du droict divin en ce qui touche » la philosophie morale. Mais à bon droict » nous n'avons pas tenu cette opinion en » France. Ains, disons qu'aux juges lais » en appartient la connoissance contre » les lais [1]. » Du temps de Coquille, en effet, la connaissance des cas usuraires avait échappé aux gens d'Église pour être rendue à la justice de l'État. Mais, avant l'introduction des appels comme d'abus, l'extrême extension de la juridiction ecclésiastique avait partout embrassé la connaissance des usures comme de toutes les autres matières qui touchaient au droit divin et à la morale.

On peut maintenant se faire une idée de la tyrannie [2] avec laquelle les purs canonistes avaient étouffé l'action des capitaux, et appliqué la fausse théorie d'Aristote sur la stérilité de l'argent. Il est évident, comme le dit Coquille, qu'ils s'étaient laissé diriger *par des règles contraires à la conservation de la société humaine* [3]. Si on eût pris au pied de la lettre leur morale exagérée, la richesse publique eût été tarie dans ses sources les plus productives, et les capitalistes se seraient trouvés réduits à l'état extrême de cet individu qui, au siége de je ne sais plus quelle ville par Annibal, ayant vendu un rat très-cher, à cause de la famine, fut réduit à mourir de faim en présence de son argent improductif. Mais le besoin, qui rend industrieux, et l'intérêt, qui stimule le génie, s'ouvrirent des voies inconnues pour tourner des barrières qu'on ne pouvait briser On reprit en sous-œuvre des combinaisons négligées par les Romains; la coutume, aiguillonnée par la nécessité, sut les ranimer, les féconder, leur donner plus d'importance et de développement. On en inventa d'autres, dans lesquelles l'intelligence des nations modernes s'est montrée l'égale de ce que l'esprit romain a su découvrir de plus ingénieux en jurisprudence. C'est de ces efforts, tentés dans des directions diverses pour échapper aux étreintes d'une fausse situation économique, qu'est venue l'impulsion donnée au contrat de change, au contrat d'assurance, au contrat de constitution de rente, à la rente viagère, aux monts-de-piété, aux sociétés en commandite, etc., toutes choses ou peu pratiquées ou n'ayant pas de nom dans la civilisation romaine. De même que le bien sort quelquefois du mal, de même l'élan suit souvent la compression. Puisqu'on ne pouvait prêter avec fruit, on se livrait à d'autres spéculations; on donnait satisfaction aux intérêts domestiques et commerciaux en faisant la banque et l'assurance, en cherchant la fructification de l'argent dans les constitutions de rentes perpétuelles, ou dans les combinaisons aléatoires de sociétés en commandite et de revenus viagers, etc., etc.

« *Uno avulso, non deficit alter.* »

Lorsque plusieurs de ces contrats, nouveaux, comme nous l'avons dit, dans les livres de droit romain, se produisirent dans la pratique commerciale et civile, les canonistes se trouvèrent grandement surpris et empêchés. Si un marchand payait à Paris, sur le vu d'une lettre de change, une somme d'argent dont il devait recouvrer le montant à Lyon, ils ne comprenaient pas que cette négociation était autre chose que le simple prêt d'une somme avancée dans un lieu pour être remboursée dans un autre. Fascinés par la crainte de l'usure, leurs yeux se refusaient à apercevoir là dedans le contrat de change avec ses caractères particuliers, ses éléments mixtes, ses complications

[1] *Sur Nivernais*, tit. 2, art. 15. — *Junge Quest. et réponses*, c. 123.

[2] Expression de Coquille. — *Quest. et rép.*, c. 123.
[3] *Loc. cit.*

originales et saillantes. A l'aide de ce grand mot d'usnre palliée, prononcé sans discernement et prodigué sans mesure, ils auraient impitoyablement ravi au commerce un de ses instruments les plus propres à faciliter ses mouvements [1], si les jurisconsultes n'eussent élevé la voix, et démontré par une analyse exacte et savante la puérilité de ces terreurs. Le commerce de banque, l'un des plus utiles à la société, fut donc menacé dans son existence par les accusations d'usure et formellement taxé de commerce illicite. Beaucoup d'écrits publiés sur ce sujet par les canonistes inquiétèrent les consciences et ralentirent l'action du développement commercial. A la fin, cependant, les opinions se partagèrent, même entre les canonistes. Plusieurs ouvrirent leur esprit à la raison. Enfin l'on rejeta unanimement des scrupules superstitieux.

Il faut reconnaître cependant que si le contrat de change est par lui-même fort différent du prêt à intérêt, l'emploi qui en était fait par le commerce et les banquiers eut bien souvent pour but de dissimuler l'usure [2]. Il est certain que le contrat de change fut le manteau sous lequel le prêt à intérêt eut cours dans les foires et dans presque toutes les places de commerce. Pour rendre cette matière du change plus impénétrable, on l'enveloppa de distinctions subtiles et de mots peu intelligibles. On imagina les dénominations de change réel [3], de change sec [4], de rechange, de contre-change, et autres peu familières ou vulgaires et qui faisaient dire à Dumoulin : « *Je laisse leur jargon et distinctions; car aussi changent-ils par temps leurs termes et dictions, afin que chacun ne connoisse si facilement leurs excès et abus.* » Les Italiens furent les principaux maîtres dans cet art de trouver des combinaisons propres à déjouer la routine ; les théologiens et les canonistes y perdirent leur science et leur pénétration. Il devint si difficile de distinguer les causes vraies des causes fausses énoncées dans les changes, qu'il fallut renoncer à une recherche infructueuse. On s'en rapporta à la conscience des parties; et comme ces parties faisaient le commerce, et que le commerce ne peut marcher sans prêt à intérêt, la conscience crut pouvoir pratiquer en sûreté ce que la force des choses rendait nécessaire [5].

Les monts-de-piété n'eurent pas moins de peine que le change à s'établir. Écoutons Dumouliu :

« Mais quoi! cette sainte et louable
» fondation n'a pas été sans diffamateurs.
» Car il s'est trouvé des théologiens
» ineptes et scrupuleux qui l'ont reprise
» de vice et gravité usuraire; entre au-
» tres Mᵉ Thomas de Vion Cajetan, depuis
» cardinal, lequel avait longuement dis-
» puté, et conclut finalement être chose
» usuraire, illicite et inexeusable en con-
» science, nonobstant quelconque appro-
» bation des supérieurs. Mais nous di-
» sons que tant s'en faut que ladite
» fondation et institution soit illicite;
» que c'est chose sainte, louable et acte
» de charité [6]. »

L'orage ne fut ni moins violent ni moins prolongé contre la constitution de rente perpétuelle et viagère. Le fameux théologien Henri de Gand, mort en 1293, interprète éloquent d'une opinion déjà accréditée chez les commentateurs du droit canonique, y vit une usure condamnée

---

[1] *Voy.* Pothier, *Change*, 31.

[2] Delamarre et Lepoitevin, préface du *Cont. de commerce*, p. xvij. —Frémery, p. 93.

[3] C'est le change proprement dit.

[4] Ainsi appelé parce que, n'étant qu'un prêt dissimulé, et par là même ne pouvant rien produire, il était *sec*, et privé du suc qui légalement fait fructifier les capitaux. (Turri, nº 14.) Il fut défendu par Pie IV et Pie V. Voir leurs bulles dans Scaccia, § 9, p. 503.

[5] C'est ce que dit Bugnon, *De legib. abrogat.*, lib. 2, sect. 3 : « L'on observe peu en France les lois canoniques sur l'usure; on y fait impunément des changes et autres contrats usuraires; l'usure se cache sous des changes et contrats obscurs, que nul œil de lynx ne peut pénétrer, les causes feintes se trouvant tellement cachées sous des causes légitimes, qu'il est presque impossible de les attaquer. On s'en rapporte à la conscience des marchands timorés. »

[6] Nº 68.

par les Pères et les conciles, et ce sentiment acquit un haut degré d'autorité en passant par la bouche de ce célèbre docteur. En peu d'années, disait-il, les rentes viagères consument tout le sort principal, et le créancier reçoit une somme plus grande que celle qu'il a donnée. Qu'est-ce que l'usure, sinon cela?

Il est vrai que le créancier de la rente viagère risque de mourir avant d'avoir reçu en annuités plus que son capital, et ce péril donne au contrat un caractère aléatoire qui, à côté de chances défavorables au débiteur, en place de favorables; par où semble à quelques personnes peu clairvoyantes s'établir la compensation et l'égalité. Mais, répond le théologien, l'intention du créancier est de vivre le plus longtemps possible et par conséquent de recevoir plus qu'il n'a donné. Il fait donc l'usure mentalement. Or, l'usure intentionnelle n'est pas moins condamnée par les décrétales que l'usure formelle [1].

Des objections de même nature s'élevaient dans l'esprit ombrageux de Henri de Gand contre la rente constituée en perpétuel. Une rente destinée à la perpétuité, disait-il, doit nécessairement produire en intérêts annuels une somme plus considérable que la somme déboursée; or, puisque tout ce que l'on reçoit en plus que le capital est un enlèvement du bien d'autrui, c'est-à-dire une usure, un vol, la rente constituée tombe donc sous la défense ecclésiastique; elle est une usure et un vol.

Il faut savoir que le théologien qui tenait ce langage déclarait en même temps le marchand maudit, n'accordant son indulgence qu'à l'artisan qui transforme avec son industrie la chose travaillée par ses mains. Quant à l'homme qui achète un objet pour le revendre dans l'état où il l'a reçu, et pour gagner sur cette revente, il était condamné par lui à être chassé du temple de Dieu. « Qui autem » comparat rem, ut, illam ipsam inte- » gram et incommutatam dando, lucre- » tur, ille est mercator, qui de templo » Dei ejicitur [2]. » Un zèle poussé à ce degré d'exaltation ascétique ne pouvait être bon juge des principes de droit civil qui légitiment la rente viagère et la rente constituée. En vain les jurisconsultes, appelés naturellement à en décider, rappelaient à Henri de Gand que ces contrats renferment de véritables ventes, et non des prêts, et que ce qu'il appelait usure n'était qu'un prix de chose aliénée à perpétuité; Henri de Gand les récusait avec hauteur, prétendant que les matières théologiques et philosophiques, telles que l'usure, n'étaient pas de leur compétence.

Cependant les églises et les communautés religieuses étaient créancières de beaucoup de ces rentes viagères et perpétuelles, qui formaient une part considérable de leur patrimoine; des bénéfices et des collèges avaient été fondés ou dotés avec ces rentes, et leur existence était menacée si l'on parvenait à persuader aux débiteurs de rompre de tels contrats comme entachés d'usure. La noblesse et la bourgeoisie, soit en France, soit en Allemagne et en Italie [3], possédait aussi des rentes de cette nature, moyen sûr et commode de s'assurer des revenus qu'on n'osait plus chercher dans le prêt à intérêt. Les opinions de Henri de Gand jetèrent donc l'alarme et provoquèrent des murmures, comme lui-même le reconnait. Ses convictions en furent ébranlées;

[1] Cette opinion n'est pas particulière à Henri de Gand; elle est aussi professée par Geoffroy, dans sa *Somme* : « *Quid de quibusdam* qui dant pecuniam ecclesiis, et ab eis recipiunt certas pensiones tenendas *toto tempore vitæ suæ?* Credo quod illicitus est contractus. Eo quod diu homines sperant vivere, et sic taliter contrahentes, credunt se amplius percepturos de proventibus pensionum, quam sit pecunia quam dederunt. *Sola autem spe contrahitur vitium usurarum.* »

[2] Henric. Gandav., *Quotlib.*, I, q. 39. Il s'approprie le passage cité, qu'il a emprunté à un ouvrage sur saint Matthieu, attribué à tort à saint Chrysostome. — Thomassin appelle cela *parler un peu durement des marchands*, p. 459.

[3] Voy. *infra*, n° 419. — Les bulles de Martin V, de 1423, pour Breslau et la Silésie. — Celle de Calixte III, adressée, en 1455, au clergé de Magdebourg, Nuremberg et Italie.

il les modifia peu à peu [1]. Mais toutes les préventions ne disparurent pas avec les siennes : la question reparut au XVe siècle ; elle fut portée devant les papes Martin V et Calixte III par les populations de Breslau, de la Silésie, de Magdebourg, de Nuremberg, de l'Italie [2], inquiétées dans leurs intérêts les plus graves et les plus précieux. Le saint-siége se prononça définitivement en leur faveur, et sa décision n'est pas moins conforme aux règles du droit qu'aux nécessités politiques mieux comprises. Je m'étonne que Saumaise, confondant des positions diverses, ait soutenu que les rentes constituées n'étaient pas autre chose que des usures voilées; usures que les théologiens, contraires à eux-mêmes, faisaient entrer par la fenêtre après les avoir chassées par la porte : « *Coacti sunt necessitate argenti » miseras usuras, quas foribus excluserant, » per fenestram admittere* [3]. » Mais les fortes études de jurisprudence manquaient à Saumaise : son immense érudition n'a pu le préserver d'un grand nombre d'erreurs, lorsque, quittant le domaine de la littérature, il a voulu faire des excursions dans le domaine du droit. La constitution de rente et le prêt sont deux contrats entre lesquels les juristes ont toujours aperçu des diversités profondes. L'oubli de ces différences n'est pas plus excusable dans le système de Saumaise que dans le système opposé de Henri de Gand.

Du reste, les constitutions de rente devinrent le moyen le plus fréquent de faire valoir les capitaux [4] et elles remplacèrent les usures des Romains. Leur taux sert à faire connaître la valeur de l'argent dans notre ancienne monarchie.

Sous Philippe le Bel, le numéraire était si rare que le prix des capitaux était, dans le commerce, de 20 p. % par an [5]. Dans les foires de Champagne, où des permissions exceptionnelles autorisaient entre marchands les réglements de compte d'une foire à l'autre avec des intérêts, il fut fixé par ce prince à 15 p. % par an [6].

Mais les rentes constituées étaient soumises à un autre taux. A la fin du XIIIe siécle, du temps de Henri de Gand, elles étaient au denier 10, ou 10 p. % par an [7]. Longtemps elles restèrent à ce prix, qu'on appela *le prix du roi* [8]; il est consacré dans la bulle de Martin V de 1425, et plusieurs de nos anciennes coutumes en font mention [9].

Lorsque la découverte du nouveau monde eut fait couler en Europe les riches métaux de l'Amérique, le prix des rentes constituées tomba en Espagne de moitié, c'est-à-dire du denier 10 au denier 20 [10].

En France, la crise fut moins brusque. Ce n'est que vers le milieu du XVIe siècle que le prix des rentes à prix d'argent baissa à 8 et un tiers p. %, c'est-à-dire au denier 12 [11]; le parlement de Paris le maintint par ses arrêts, trouvant que le 10 p. % était excessif [12]. Toutefois, la Normandie garda ce dernier taux [13]. Quant aux intérêts moratoires, l'ordonnance d'Orléans, rendue par Charles IX, les régla au denier 12 entre marchands, et au denier 15 entre particuliers [14].

Au mois de juin 1572, un édit, vérifié au parlement de Paris, défendit de constituer des rentes à plus haut prix que 6 p. % [15]. Mais il ne fut pas observé.

[1] *Quodlib.*, 8, q. 24. — *Quodlib.*, 18, q. 21. — Thomassin, p. 465, n° 14.
[2] *Infra, loc. cit.*
[3] *De trapezit. fœnore*, p. 4.
[4] Dumoulin, *Des usures*, nos 80, 81.
[5] *Supra*, p. 48, j'ai cité son ordonnance, ainsi que Moratori.
[6] Ord. de juillet 1311 ; ord. du Louvre, t. 1, p. 484; Sismondi, t. 9, p. 282.
[7] Thomassin, p. 477, n° 7.
[8] Coquille, *Quest. et rép.*, ch. 123.
[9] Ancienne cout. de Nivernais de 1490, *id.*
[10] Montesq., liv. 22, ch. 6.
[11] Coquille, *loc. cit.* — Arg. de la cout. de Nivernais, III, 23, art. 18.
[12] *Traité des rentes*, par L.B., avocat au parlement de Paris.
[13] *Id.*, et Coquille, *loc. cit.*
[14] Art. 60. Néron, p. 64.
[15] Préamb. de l'édit de Henri IV de juillet 1601.

Pendant quarante années, on continua à pratiquer le denier 12; ce n'est qu'au commencement du XVII[e] siècle que le taux des rentes s'abaissa de nouveau. Henri IV, par son édit de juillet 1601, vérifié au parlement de Paris le 18 février 1602, le fixa au denier 16 (6 écus 15 sols pour 100 écus par an). Les considérations sur lesquelles cet édit est fondé sont curieuses à connaître. Le royaume sortait des horreurs de la guerre civile; Henri IV, qui lui avait rendu la paix et le repos, s'occupait à augmenter sa richesse, à ranimer son agriculture, à faire fleurir son commerce. La diminution du prix des rentes lui apparut comme un moyen de diriger vers la propriété foncière et industrielle les capitaux qui s'en éloignaient. Cette idée s'est souvent représentée depuis; à l'heure qu'il est, elle a encore sa place dans plus d'une théorie économique; il est utile de la reproduire sous sa première forme : « Nous avons reconnu » au doigt et à l'œil que les rentes constituées à prix d'argent au denier 10 » ou 12 qui ont eu cours, *principalement* » *depuis quarante ans en çà*, et intérêts » provenant tant des changes et rechanges » que des condamnations qui s'ordonnent par nos juges à faute de payement » des dettes, ont été en partie cause, tant » de la ruine de plusieurs bonnes et anciennes familles, soit pour avoir été » accablées d'intérêts et souffert la vente » de tous leurs biens à personnes qui se » sont trouvées insolvables; qui empêche » le trafic et commerce de la marchandise, qui auparavant avait plus de vogue » dans notre royaume qu'en aucun autre » de l'Europe, et fait négliger l'agriculture et manufacture; aimant mieux, » plusieurs de nos subjects, sous la facilité d'un gain à la fin trompeur, vivre » de leurs rentes en oysiveté parmi les » villes, qu'employer leur industrie avec » quelque peine aux arts libéraux, ou à » cultiver et approprier leurs héritages; » ce qui pourroit à la longue aussi bien » occasioner quelques remuements en cet » État monarchique, què les usures et » grandes dettes ont fait par le passé en » plusieurs républiques. Pour à quoy remédier à l'avenir, et par le retranchement de profit excessif dedites rentes » *et intérêts réprouvés des changes et re-* » *changes*, qui rendent ingrate la fertilité » des terres; convier nos subjects à s'enrichir de gains plus convenables, ou se » contenter de profits modérés; même » faciliter les moyens à nostre dicte noblesse de restablir en leurs maisons les » dégâts, ruines et désordres qui leur » ont été causés par les troubles; sçavoir » faisons, etc., etc. »

Du denier 16, on passa, trente-deux ans plus tard, au denier 18 [1]. Puis, trente ans encore après, on descendit au denier 20 [2].

Au XVIII[e] siècle, lorsque Law eut introduit en France ses plans de finance, la nécessité d'attirer du côté des opérations imaginées par ce célèbre étranger les capitaux qui, jusque-là, s'étaient renfermés dans les constitutions de rente, fit concevoir un plan de réduction générale de ces rentes. Cette idée de réduction, que Henri IV avait appliquée dans l'intérêt de l'agriculture et du commerce, on la mit au service du fameux système, croyant qu'en gênant les rentiers dans leurs habitudes, on les forcerait à en sortir. En conséquence, un édit de mars 1720 abaissa brusquement le taux des rentes du denier 20 au denier 50. Le but de cette mesure violente et inattendue était, je le répète, de donner faveur au papier-monnaie et de dégoûter du placement en rentes constituées, devenu désormais trop peu productif [3]. Cette téméraire entreprise de l'agiotage souleva la plus vive opposition dans les classes paisibles qu'elle voulait atteindre et re-

[1] Sous Louis XIII, édit de 1634; *infra*, n° 443.

[2] Édit du mois de décembre 1665 (Louis XIV). — Brillon, v° *Rentes*, n°s 69 et 70.

[3] Pothier n'a pas donné d'éclaircissements sur cet édit de réduction; de telle sorte que l'on serait tenté de croire à une faute d'impression dans son ouvrage en l'entendant parler du denier 50. L'histoire est une grande lumière!

muer. Les magistrats, menacés dans leurs fortunes par l'édit de 1720, plaidèrent avec chaleur la cause des rentiers, grands et petits, que la réduction allait ruiner. Le parlement de Paris fit des remontrances pathétiques [1]; elles ne furent pas écoutées, et le denier 50 eut cours forcé jusqu'en juin 1724. On s'aperçut alors que les capitalistes, effrayés, découragés, et par cela même sourds aux sollicitations qu'on leur avait faites, aimaient mieux se condamner à l'oisiveté que de courir après des spéculations hasardeuses ou d'accepter des rentes trop minimes. Un édit de juin 1724 permit de constituer des rentes au denier 30. Le public ne fut pas satisfait de cette concession, il persévéra à garder son argent, plutôt que de le donner à un intérêt qui ne paraissait pas assez avantageux. Il fallut enfin qu'un édit de juin 1725 rétablit le denier 20 [2]. Ce taux est resté le taux légitime et le plus généralement usité [3].

Maintenant revenons aux usures, dont cette digression nous a écarté. Nous en étions resté à la prohibition tyrannique et absolue du prêt à intérêt, et à un état de choses qui acceptait en principe cette prohibition, sanf à l'éluder en fait par des applications timides et détournées.

Au XVIe siècle, l'esprit d'indépendance s'était insurgé en Europe contre le saint-siége, et l'unité catholique avait été violemment brisée. Calvin, qui traita avec orgueil tant de questions délicates touchant la foi, s'occupa aussi de la question des usures, et il attaqua sans ménagement et la doctrine des ecclésiastiques et les théories économiques d'Aristote sur la stérilité de l'argent. Dumoulin, soumettant à la critique individuelle les textes des Écritures dont l'Église s'était réservé exclusivement l'interprétation, entreprit de prouver que les usures modérées sont licites; qu'il n'y a que les usures excessives et celles qui s'exercent par oppression sur les pauvres qui soient contraires à la religion et à la charité. Son livre, plein de verve et d'originalité, n'est pas dépourvu d'un mérite qui manqua quelquefois à Dumoulin, l'impartialité. S'il s'élève avec force contre les exagérations des canonistes, il ne se prononce pas avec moins d'énergie contre certains abus des usures qui avaient lieu de son temps sous des prétextes et des détours captieux [4]. Mais ce livre était dédié à Henri II; et cette dédicace imposait à son auteur des ménagements qui gênent ses conclusions et en obscurcissent la netteté [5]. Et toutefois sa réserve ne l'a pas empêché d'être accusé d'avoir composé son ouvrage sous l'influence des doctrines de Calvin [6].

En même temps, l'opposition gagnait jusque dans les tribunaux, et plusieurs magistrats du parlement de Paris furent soupçonnés d'adhérer à cette idée nouvelle : que les usures modérées sont permises [7]. Mais le coup d'État qui frappa le parlement sous Henri II [8], et jeta en prison Anne Dubourg et autres conseillers suspects de protestantisme [9], y arrêta ce progrès [10]. Le parlement crut même devoir saisir la première occasion qui s'offrit à lui pour manifester ses principes avec éclat. Car la question s'étant présentée de savoir si les fonds pupillaires doivent produire intérêt, la négative fut jugée par arrêt du 13 juin 1559 [11], qui décréta d'ajournement personnel le lieutenant du bailliage d'Orléans, lequel avait autorisé le prêt, et condamna aux amendes le prêteur et l'emprunteur.

[1] Voyez-les en entier dans Brillon, v° *Rentes*, n° 70.
[2] Il est dans Brillon, v° *Intérêts*, n° 60.
[3] Voy. *infra*, n° 443.
[4] Voy. *Des usures*, n° 72.
[5] *Voy.* par exemple, n°s 77, 78, 80, 84, où il proteste qu'il ne veut pas rétablir le droit de prêter à intérêt comme à Rome; que pour beaucoup d'affaires la rente constituée suffit, etc.
[6] Thomassin, p. 502, n° 14.
[7] Coquille, *sur Nivernais*, tit. 21, art. 15.
[8] 10 juin 1559. C'est à tort que d'autres parlent du 14 ou du 15.
[9] Sismondi, t. 18, p. 95, et p. 121, 122.
[10] Coquille, *loc. cit.*
[11] Le parlement siégeait alors aux Augustins. Plus tard, il y a eu des arrêts en sens contraire, qui ont fait jurisprudence. Louet, lettre I, somm. 8, n° 7.

Toutefois, au milieu des hardiesses du protestantisme et de la misère publique dont furent accompagnées les guerres de religion, le prêt à intérêt se propageait dans certaines provinces du ressort du parlement de Paris, et bravait la sévérité de ce corps judiciaire, plus attaché que tous les autres aux doctrines des canonistes et aux ordonnances des rois sur le fait des usures [1]. Le commerce étant anéanti dans ces provinces appauvries et désolées, comment les malheureux habitants auraient-ils pu échapper à la détresse si le prêt à intérêt n'était venu à leur secours? On ne fit donc pas difficulté d'y prêter et emprunter de l'argent sur simples obligations personnelles portant intérêt au denier 12 ou au denier 16. Mais, plus tard, des débiteurs, mauvais payeurs [2] et de mauvaise foi, firent traduire leurs créanciers devant les tribunaux pour faire imputer sur le sort principal les intérêts acquittés, et obtenir la restitution de ce qui aurait été payé en plus. Cette tentative jeta l'effroi dans ces provinces. Les meilleures familles, les corps de ville et les communautés avaient fait de ces prêts; les tuteurs avaient même été autorisés par justice à faire fructifier ainsi les fonds de leurs pupilles [3]; la fortune de beaucoup de veuves, de mineurs, d'honorables personnes étrangères au commerce et qui n'avaient fait que suivre une impulsion générale, ou, comme disent les témoignages contemporains, *la commune usance* [4], pour se procurer quelques revenus, était menacée de ruine [5]. Les habitants de la province de Berri et du duché d'Anjou recoururent en conséquence au roi Henri IV, dont la justice leur paraissait plus équitable et la politique plus large que celle de leur parlement; ils lui exposèrent leur triste situation. Le roi se trouvait placé entre l'exécution des ordonnances du royaume et la tolérance d'un passé qui avait droit à des égards. Il eut recours à un biais habile. Les débiteurs de mauvaise foi furent solennellement stigmatisés. Mais, pour concilier les droits des prêteurs avec la législation existante, le roi ordonna que les obligations de prêt seraient converties en rentes perpétuelles [6].

En même temps, les provinces de droit écrit s'affermissaient dans l'usage du prêt à intérêt, dont les lois romaines, objet d'un amour invincible, avaient maintenu chez elles la tradition. En vain l'Église avait lutté contre cette puissance de la raison écrite; les mœurs avaient résisté avec tant d'opiniâtreté, que les parlements de Grenoble, Aix, Toulouse, Pau et Bordeaux [7], malgré la ferveur de leurs sentiments religieux, n'exécutaient pas les ordonnances prohibitives des promesses d'intérêt [8]; ils alliaient sur cette matière, à leur catholicisme ardent, une sorte de protestantisme dont Constantin et Justinien étaient l'excuse, mais qui n'affligeait pas moins le cœur des théologiens.

D'un autre côté, le clergé, à qui son rôle politique imposait de fréquents besoins d'argent, se trouvait engagé dans des emprunts à intérêt, ressource prompte et facile de sortir de ses extrémités [9]. Pour expliquer cette conduite, les théologiens ont avancé dogmatiquement que, bien que l'usure soit un vol, il peut cependant n'être pas défendu d'emprunter dans les cas de grandes et importantes nécessités [10]. Cette opinion n'est nullement satisfaisante, et les personnes sincères ne pourront jamais comprendre qu'on puisse loyalement s'associer à un

[1] Sur sa jurisprudence, *voy.* Louet, lettre I, somm. 8.

[2] Expression des ord. de Henri IV des 17 février 1605 et 14 mars 1606, enregistrés au parlement. — *Voy.* le texte dans le *Traite des ventes*, par L. B.

[3] Ces faits sont exposés dans le préambule de ces ordonnances.

[4] Expression de ces ordonnances.

[5] *Id.*

[6] Leprêtre parle aussi de ce fait, *centurie* 2, ch. 25. — *Junge* Louet, *loc. cit.*, nº 7. On y trouve la mention d'une pareille déclaration, relative au Mâconnais.

[7] *Infra*, nº 342. — Louet, *loc. cit.* — Chorier, *sur Guy-Pape*, p. 273. — Bretonnier, *sur Henrys*, t. 2, p. 646.

[8] Thomassin, p. 480.

[9] *Infra*, nº 342.

[10] Thomassin, p. 411.

acte que la morale désapprouve. N'est-il pas plus vrai que, dans ces moments difficiles où la nécessité pratique met à nu l'exagération de certaines théories, le clergé sentait qu'il n'y avait pas un aussi grand mal que l'affirmait la spéculation dans un contrat qui vient au secours d'autrui et lui procure, moyennant un juste salaire, le moyen d'échapper à ses embarras?

Enfin, pour terminer ce tableau du progrès des usures, les villes de commerce, dans lesquelles tout négoce aurait été impossible sans le prêt à intérêt entre marchands, se livraient aux spéculations qui roulent sur l'argent emprunté, et en tiraient un profit tantôt sous le déguisement de la lettre de change, tantôt sous la forme plus ouverte et plus franche du prêt par billet [1]. Quelquefois les ordonnances avaient autorisé l'intérêt entre commerçants; par exemple, comme je le disais tout à l'heure, pour les reliquats de comptes arrêtés aux foires de Champagne. C'est ce qu'avait fait Philippe le Bel par son ordonnance de juillet 1311 [2], qui réglait cet intérêt à 15 p. % par an. Mais ces permissions n'étaient que locales et circonscrites à certaines opérations. Elles étaient loin d'octroyer au commerce la latitude dont il avait besoin; et cette latitude, le commerce se l'était donnée, d'abord par la lettre de change, employée comme manteau et comme expédient; puis, avec plus de sincérité, par le moyen de billets ou de conventions autorisées par la coutume de toutes les places.

Que faisaient cependant les lois et les tribunaux en présence de cet usage? La nécessité les forçait au silence. On tolérait ce qu'on ne pouvait empêcher. Ensuite, comme il arrive toujours, l'abus pervertissait la pratique d'une liberté mal définie ou incomplète, et on aspirait à la licence.

Pour se faire une juste idée des incohérences auxquelles la fructification des capitaux était soumise par suite de ce mélange d'influences contraires, je citerai l'exemple d'une de nos grandes villes de commerce, de Lyon.

Cette cité était, au XVIe siècle, une des villes de France et d'Europe où le commerce d'argent se faisait avec le plus d'étendue. Ses foires trimestrielles, qui avaient pris la place des foires de Champagne et de Brie, étaient fréquentées par les marchands de toutes les contrées commerçantes, et « en icelles (pour me servir » des expressions de Coquille) se rapportoit l'estat du commerce des deniers de » toutes les bonnes villes de chrestienté » et d'ailleurs, et selon le rapport qui se » faisoit des divers endroits, les marchands, par advis commun, arrestoient » combien vaut l'argent, c'est-à-dire *quel* » *est l'intérêt du séjour des deniers* [3]. » Cet arrêté de la valeur de l'argent était rapporté devant le conservateur des priviléges des foires, qui, conformément à ce rapport, établissait l'intérêt. En principe, un tel intérêt était légitimé par les ordonnances de Philippe le Bel et de Philippe VI relatives aux priviléges des foires de Champagne; car, comme ces foires avaient été transférées à Lyon, le commerce qui se faisait aux foires de cette ville avait été par là même revêtu du droit de stipuler des intérêts. Mais ces intérêts n'avaient rien de fixe, et le taux de 15 p. %, établi par Philippe le Bel pour les foires de Champagne, n'était plus approprié aux besoins d'une autre siècle et d'un commerce plus varié et plus étendu. Vingt-cinq ans avant Dumoulin [4], l'intérêt des foires de Lyon était modéré : communément il ne dépassait pas 8 p. % par an, ou 2 p. % par foire [5]; quelquefois cependant il allait jusqu'à 2 1/2 p. % ou 3 par foire [6]. Plus tard, à la suite des guerres civiles, il de-

[1] *Infra*, n° 342, je cite Nantes; j'ajoute ici Marseille (Bret., *sur Henrys*, t. 2, p. 647.

[2] Ord. du Louvre, t. 1, p. 484. *Voy*. une autre ord. de Philippe VI, art. 19, à la date de 1349.

[3] *Quest*., ch. 123.

[4] *Voy*. son *Traité des usures*, n°s 70, 71, 72.

[5] *Id*.—*Junge* Coquille, *Quest*., ch. 123.

[6] Coquille, *loc. cit*.

vint très-considérable et s'éleva au taux de 16, 17, 18 p. % [1]. Ce dernier taux n'approchait pas des usures excessives des juifs d'Italie; néanmoins, Dumoulin le signalait comme étant en disproportion avec les nécessités du commerce, et comme une source d'*aggravation* et *multiplication d'abus* [2]. Plusieurs fois il avait pressé des personnes d'autorité de travailler à restreindre dans des bornes plus étroites cette liberté des usures lyonnaises. Mais on lui avait répondu : « que la chose avoit été bien discutée au » conseil, et qu'on avoit trouvé être né» cessaire le tolérer pour le bien et néces» sité publique, parce qu'il est notoire » que souvent adviennent à d'aucuns non» seulement marchands, mais aussi à » d'autres, certaines nécessités, comme » pour éviter une grosse peine, ou com» mise, ou pour certains rachats, ou re» traict d'héritage, qui ne souffrent au» cun délai, et qu'il n'est pas facile de » trouver facilement argent à rente, » comme il se trouve ès dites banques; » qui est, partant, chose non-seulement » nécessaire, mais aussi utile et com» mode, quand l'on u'en a affaire que » pour bref délai [3]. »

Ces ménagements et ces faiblesses étaient condamnés par Dumoulin, et il aurait voulu que le roi Henri II, à l'exemple de Justinien, eût limité le taux de l'intérêt commercial. Mais Henri II, prince plutôt né pour être gouverné que pour gouverner [4], aima mieux tolérer l'abus que de régler le droit.

Sous Henri III [5], Henri IV [6], Louis XIII [7] et Louis XIV [8], le privilége des foires de Lyon, de faire fructifier les capitaux portés dans les comptes d'opérations, fut confirmé entre marchands, mais sans régler le taux des intérêts.

Ainsi, les foires de Lyon étaient investies d'un grand privilége Les marchands qui les fréquentaient avaient. par exception au droit des ordonnances, la faculté d'y faire entre eux des prêts par billet, et l'intérêt s'y trouvait autorisé. Quant au change et au rechange, il continua à y être fort cher, Au XVII[e] siècle, il était encore de 18 p. % par an [9].

Des marchands de Lyon, seuls privilégiés, la pratique des billets passa aux particuliers que les ordonnances n'exceptaient pas de la prohibition, mais dont le commerce de cette ville appelait les fonds [10]. On ferma les yeux; on laissa faire. Les chefs du clergé de ce diocèse allèrent même jusqu'à commander le silence à des prédicateurs qui troublaient les consciences [11]

Cependant les controverses continuaient dans les livres, et la dispute y restait armée de toutes les violentes épithètes que le moyen âge avait prodiguées au prêt à intérêt. Malgré l'évidence des faits et le progrès des idées, malgré les concessions arrachées par l'empire des circonstances et la marche des besoins, on trouvait encore, non-seulement des théologiens, mais même des jurisconsultes intraitables, pour qui le prêt à intérêt était toujours une fraude, une spoliation, un vol. Lorsque Saumaise publia ses traités *De usuris*, *De modo usurarum*, *De fœnore trapezitico*, ouvrages qui offrent le rare accord de beaucoup d'érudition et de beaucoup de bon sens, les partisans de la prohibition jetèrent des cris d'indignation contre cette audace des opinions protestantes; oubliant que le prêt à intérêt vivait à leur porte et sous leurs

[1] Dumoulin, *loc. cit.*
[2] *Id.*, n° 71.
[3] N° 72.
[4] Beaucaire (Belcarius), lib. 25, p. 793.
[5] Ord. de 1580 et 1581.
[6] Édit de juillet 1601. *Traité des rentes*, par L. B., avocat au parlement de Paris, p. 18.
[7] Édit de 1634.
[8] Édit de décembre 1665. Bret., *sur Henrys*, t. 2, liv. 4, ch. 6, q. 110, p. 641, n° 6.
[9] « Mensarii illi, quales hodie Lugduni eum quæsum exercent, *octodecim in centum accipiunt.* » (*De fœnore trapezit.*, p. 574.)
[10] Henrys, t. 2, liv. 6, ch. 6, q. 110, p. 639, n° 5; et Bretonnier, *infra*, n° 342.
[11] *Infra*, n° 342.

yeux, dans les provinces catholiques où le vieil esprit romain n'avait pu entièrement mourir. Domat lui-même, quoique doué d'un esprit naturellement ferme et indépendant, disserta sur l'usure comme un professeur de droit canon du XIIIe siècle, qui n'aurait connu ni les protestations d'une pratique respectable, ni les lumières de l'expérience. Le croira-t-on? lui, magistrat, qui dans ses fonctions aurait pu voir de près les froissements apportés dans l'économie des fortunes par la prohibition du prêt à intérêt; lui qui, du moins, aurait dû connaître les tempéraments que la nécessité avait fait apporter en tant de lieux à cette prohibition, il entreprit de soutenir philosophiquement que le prêt à intérêt est contraire au droit naturel, au sens intime, à la probité vulgaire. Sa dissertation, conduite avec toute la vigueur logique d'un mathématicien et d'un janséniste qui raisonnent faux, a pour conclusion que l'intérêt de l'argent n'est rien moins qu'une rapine et une abominable extorsion. Elle plut beaucoup au parti théologique, aux juristes façonnés à l'école du parlement de Paris, et à bon nombre d'esprits, qui, engourdis dans le *statu quo*, aiment à se bercer d'arguments pour croire avec confiance et obéir avec conviction. D'Aguesseau disait de cette dissertation : « Je savais bien que » l'usure était contraire au droit divin et » aux ordonnances, mais e ne savais pas » qu'elle fût contraire au droit naturel. » J'en demande pardon à d'Aguesseau! mais quand une conscience honnête et un jugement supérieur ont besoin de tant d'artifices de raisonnement pour apprendre qu'une chose est mauvaise, je me méfie de la démonstration. Le droit naturel est comme la vérité, dont Cicéron a dit : *Veritas micat ipsa per se* [1].

Au XVIIIe siècle, tandis que la plupart des juristes hollandais et allemands [2] se constituaient les défenseurs du prêt à intérêt; tandis que le parlement du duché souverain de Lorraine supprimait comme entachée d'abus une condamnation prononcée par l'évêque de Toul contre un écrit favorable à la légitimité du prêt à intérêt [3], nos interprètes du droit civil les plus accrédités, les plus dignes de l'être, Pothier surtout, et le parlement de Paris [4], en étaient toujours à se faire l'écho des préventions surannées du moyen âge. Pothier, cœur honnête et sincère, se laissa aller à l'illusion d'une théorie qui lui semblait mettre sa raison d'accord avec la loi civile et le précepte religieux. Il lui prêta l'appui de son autorité, et suppléa à l'absence d'arguments nouveaux par la clarté, la facilité, l'habile enchaînement des déductions [5]. Mais déjà depuis près d'un siècle le fond de tout ce dogmatisme avait vieilli. Qui pouvait croire, à part quelques élus dégagés des réalités du monde, à la stérilité de l'argent et à l'impossibilité de vendre le temps? L'art de Pothier était-il assez puissant pour rajeunir ces pauvretés de la scolastique?

Montesquieu, placé à un autre horizon que Pothier, ne s'y laissa pas tromper. Nul mieux que cette haute intelligence ne pouvait comprendre l'état de la société moderne, où la richesse mobilière, devenue la rivale et presque l'égale de la richesse territoriale, demandait sa liberté d'action pour venir au secours de tous les besoins et pour ajouter une production nouvelle aux sources trop restreintes de la fécondité économique. Toutefois il n'osa pas aborder de front la question du moment. Il savait que son livre, tout brillant d'un génie merveilleux, tout palpitant des problèmes sociaux les plus hardis, allait susciter l'envie et la haine

[1] *Offices*, I.

[2] Noodt, par exemple, *De fænore*. — Voet, *De reb. credit.*

[3] *Infra*, n° 342.

[4] Arrêt de règlement du parlement de Paris du 10 janvier 1777.

[5] Il s'applique surtout à réfuter le *Traité de la pratique des billets et du prêt d'argent entre les négociants, par un docteur en théologie*, publié à Mons en 1684, ouvrage qui fit beaucoup de bruit, et le *Traité des prêts de commerce, par un docteur de la faculté de théologie de Paris*, imprimé à Lille en 1738.

d'ennemis puissants [1]. Par dévouement pour ses idées, Montesquieu voulut donc être réservé sans cesser d'être vrai. Laissant à l'écart le présent et ses périls, il remonta haut dans l'histoire, et accueillit, avec plus d'à-propos que de saine critique, le rêve des érudits sur la suppression du prêt à intérêt chez les Romains. L'analogie était heureuse. Le procès fait au passé retombait de tout son poids sur l'époque contemporaine. Il faut lire les conclusions de Montesquieu : deux mots lui suffisent; mais ces deux mots sont décisifs :

« Les lois extrêmes dans le bien font » naître les maux extrêmes [2]. Il fallut » payer pour le prêt d'argent et pour le » danger des peines de la loi. Celui-là » paye moins, dit Ulpien, qui paye plus » tard. C'est ce principe qui conduisit » les législateurs après la destruction de » la république romaine [3]. »

Ces simples paroles éveillèrent les susceptibilités jansénistes [4]. Aux accusations de déisme et de spinosisme, on joignit l'accusation non moins grave d'avoir soutenu qu'*il est permis à un créancier de vendre le temps*. Montesquieu répondit par un pamphlet, qui ajouta un chef-d'œuvre au chef-d'œuvre de *l'Esprit des lois*. Il se moqua des accusateurs, et prouva que l'esprit était du même côté que le bon sens.

Cependant d'année en année la question du prêt à intérêt devenait plus mûre. Vers la fin du règne de Louis XV, la naissance de la secte des économistes tourna plus spécialement les esprits vers les questions relatives au développement de la richesse publique et privée. Celle de la fécondation des capitaux par le prêt à intérêt se présentait en première ligne; elle fut traitée par Turgot, en 1769, avec toute la liberté que comportait cette époque de hardiesse intellectuelle. Le célèbre économiste bannit les ménagements et les réticences. Il dévoile à grands traits l'état de la société, où la force des choses a vaincu la prohibition des lois civiles et religieuses combinées; il montre le prêt à intérêt par billets partout toléré et triomphant dans la pratique des principes spéculatifs [5]. Puis, arrivant tout d'un coup aux conclusions les plus hardies, il demande que le prêt à intérêt soit consacré parce qu'il est légitime, et qu'il soit aussi libre dans ses combinaisons que les autres contrats licites.

Vingt ans plus tard, le principal objet de ses vœux était exaucé. L'assemblée constituante décrétait la légitimité du prêt à intérêt [6]. Elle consacrait par les lois une révolution déjà faite par les mœurs. Seulement, elle réservait à l'État le droit de fixer le taux de l'intérêt, droit dont la puissance souveraine avait toujours été en possession chez les Romains et dans l'ancienne monarchie, et qu'elle ne jugeait pas prudent d'abandonner. Elle fixait en conséquence à 5 p. % le taux de l'intérêt conventionnel en matière civile, s'en référant aux usages particuliers du commerce pour le taux de l'intérêt commercial [7].

Il est curieux de rapprocher ce résultat de ce passage que le père Thomassin écrivait environ cent ans auparavant : « Il ne » faut pas désespérer que nous ne voyions » un jour cette tolérance des rois et des » parlements pour quelques provinces » plus attachées au droit écrit s'éteindre » et s'abolir entièrement, et la pratique » du parlement de Paris s'étendre par » tout le royaume [8]. » C'est précisément le contraire qui devait arriver, et qui arriva. L'exception devint la règle; le droit local devint le droit commun. La tolérance fit place à la reconnaissance solennelle d'une liberté légale.

La puissance ecclésiastique ne se sou-

[1] *Voy.* sa défense de l'*Esprit des lois*.
[2] Liv. 22, ch. 21.
[3] Liv. 22, ch. 22.
[4] L'*Esprit des lois* fut violemment attaqué par une feuille janséniste.
[5] *Infra*, n° 342.
[6] *Infra*, n° 346.
[7] *Infra*, n° 346.
[8] *De l'usure*, p. 480, n° 7.

mit pas tout d'un coup à cette volonté du législateur civil; il y eut des murmures, des regrets, des résistances [1]. Il en coûtait de se voir enlever le règlement d'une matière que l'Église avait faite sienne pendant si longtemps; et la sécularisation des usures ne fut pas mieux accueillie que ne l'avait été dans d'autres temps la sécularisation de la justice, de l'enseignement et de toutes les libertés gallicanes. L'État n'exagérait cependant pas ses prérogatives; il usait d'un droit dépendant de la police et de la politique [2]. Il faisait ce qu'avant lui avaient fait les Constantin, les Théodose, les Justinien, tous les empereurs chrétiens, en un mot, excepté Basile [3]. C'est ce que n'avait pas méconnu Gerson, ce grand docteur de l'Église gallicane, *ce docteur très-chrétien*, comme l'appelle Bossuet [4]. Si, dans la pureté de sa foi, il lui semblait que le prêt à intérêt était contraire à la loi naturelle, dans la sagesse de ses sentiments de citoyen il proclamait hautement qu'il y avait sur ce sujet des concessions à faire à la nécessité de la politique et du gouvernement : « De même, » disait-il, que les contrats usuraires » étaient tolérés dans l'ancienne loi, de » même ils pourraient être permis dans » la nouvelle avec certaines modifica- » tions, non pas qu'ils soient par là plus » licites dans le for intérieur, mais pour » éviter un plus grand mal [5]. En ce » qui touche le temps présent, il nous » suffit de dire que le législateur doit » veiller au maintien de la république en » facilitant aux citoyens les moyens de » vivre en paix. Comme tous les maux » ne peuvent être empêchés, il en est que » le prince doit tolérer, à l'exemple du » médecin prudent qui ne guérit pas » certaines affections de peur de faire » naître des maladies plus graves [6]. » Mieux valent quelques usures légères » qui procurent des secours aux indigents » que de les voir réduits par la pauvreté » à voler, à dissiper leurs biens, à vendre » à très-vil prix leurs meubles et leurs » immeubles [7]... Et puisque le pape » n'est pas le souverain immédiat des » biens temporels et surtout des biens » des laïques, il ne doit pas facilement » infirmer les lois de la puissance sécu- » lière qui règlent la disposition et l'ad- » ministration de ces mêmes biens. Il » suffit que lui et l'Église déclarent par » la prédication que ces contrats sont » illicites par le droit évangélique et dans » le for de la conscience [8]. »

Ces dernières paroles se ressentent de l'époque à laquelle écrivait Gerson. Il faut les lui pardonner; c'est plutôt le langage des préjugés de son siècle que celui de sa raison; car elle vient de nous dire des choses si sensées! Non! le prêt à intérêt n'est pas un de ces contrats qui outragent la morale, qui répugnent à l'équité, qui brisent entre les parties l'égalité commutative [9]. Non! la loi ne le permet pas au même titre qu'elle tolère la prostitution, ou comme les Spartiates permettaient le vol. Elle le classe parmi les conventions licites parce qu'il réunit

[1] Le parti antiusuriste publia divers arrêts. Je me bornerai à citer, parmi les plus rapprochés de nous, une dissertation de A. Rendu, de 1806, et une lettre pastorale de Mgr Daviau, archevêque de Bordeaux, de 1817.

[2] *Politica plane res est*, dit Saumaise, *De usuris*, p. 646, 647, 648.

[3] Saumaise, *De usuris*, p. 649.

[4] Dans son admirable *Instruction sur les estats d'oraison* (préface), dirigée contre le mysticisme.

[5] « Usurarius contractus, sicut in antiqua lege toleratus est, *ita posset in nova permitti, sed sub certis modificationibus, non quidem ut esset licitus, sed ne deterior eveniret.* » (*De contract.*, t. 2, p. 399, 400.

[6] « Quoad vero spectat ad præsens, satis est dicere, quod legislator civilis attendit consistentiam reipublicæ ad consecutionem pacifici convictus inter cives... Sed quia frequenter effrenata nequitia non potest ex toto compesci, agit more prudentis medici, tolerat minora mala, ut pejora vitentur. » (*Id.*, p. 411, 412.)

[7] « Apparuit autem minus malum, quod usuræ leves fierent pro succursu indigentium, quam ut inducerentur per indigentiam furari, rapere, aut passim distrahere sua bona, mobilia vel immobilia, vilissimo pretio, cum damno longe majori quam esset moderata receptio sub usuris. » (*Loc. cit.*)

[8] Constat præterea quod papa, sicut non est immediatus dominus bonorum temporalium, præsertim laicorum, sic non debet passim irritare *leges utiles*, pro dispensatione talium bonorum constitutas... Sufficit quod papa et Ecclesia significent vel prædicent tales contractus illicitos esse de jure evangelico et in foro conscientiæ. » (*Loc. cit.*, V.)

[9] Voy. *infra*, notre dissertation à ce sujet, n° 339.

un double caractère d'honnêteté et d'utilité; elle le voit avec faveur; elle en encourage la pratique et en protége les stipulations. Quiconque dirait aujourd'hui que la loi civile a fait divorce avec la loi naturelle pour lui donner accès heurterait le sens commun de toutes les nations modernes.

Au surplus, la partie haute et saine du clergé est bien éloignée de cette obstination, et rien ne ressemble moins que sa conduite à celle que conseillait Gerson, dans d'autres temps [1]. Ce que le saint-siége désire surtout, c'est que les dissensions se calment et que les sentiments se concilient; c'est que les consciences ne soient pas troublées par des discussions ou des exigences téméraires; c'est qu'on ne fomente pas entre la loi civile et la loi canonique l'antagonisme et l'hostilité. Sa politique s'est manifestée par des actes remarquables qu'il est utile de connaître.

En 1822, sous le règne de Pie VII, une demoiselle de Lyon fut inquiétée par son confesseur pour de l'argent prêté à des négociants de cette ville. Cet ecclésiastique refusait de l'absoudre à moins qu'elle ne restituât les intérêts légaux qu'elle avait perçus. Elle s'adressa en cour de Rome, et demanda si elle était obligée en conscience à cette restitution, si tout au moins elle n'y était obligée que depuis quo sa bonne foi avait cessé; si pour faire cesser la bonne foi il suffisait qu'elle eût entendu dire qu'il n'est pas permis de tirer intérêt de l'argent placé chez les négociants.

Les cardinaux composant la congrégation du saint-office, dont on sait que le but spécial est d'empêcher la propagation des fausses doctrines, décidèrent qu'il fallait répondre à la suppliante qu'il n'y avait pas lieu pour l'instant de s'occuper des questions qu'elle posait en thèse; mais qu'en attendant, elle devait recevoir l'absolution, sans rien restituer, sauf à elle à se soumettre aux ordres qui pourraient émaner plus tard du saint-siége sur cette matière [2].

Au milieu des ménagements dont cette décision est empreinte, une conséquence irrésistible apparaît : c'est que le prêt à intérêt n'est plus une injustice; c'est que celui qui le pratique au taux légal n'encourt aucune censure; c'est qu'il peut profiter des revenus qu'il en a retirés, et qu'en conscience rien ne l'oblige à les restituer. Nous sommes bien loin en 1822 de l'aventure du bourgeois de Seez.

En 1830, un suppliant d'un caractère plus grave et plus élevé adressa au pape Pie VIII des doutes sérieux [3]. C'était l'évêque de Rennes. Dans son diocèse, tous les ecclésiastiques n'étaient pas d'accord; des froissements fâcheux divisaient les esprits et portaient le trouble dans les âmes. Plusieurs confesseurs donnaient l'absolution, plusieurs la refusaient; d'autres, tenant une voie mitoyenne, se contentaient d'exhortations aux pénitents pour ne pas prêter; mais lorsque ces derniers persistaient sous prétexte du grand nombre d'opinions favorables au prêt à intérêt, ils les absolvaient, à la condition de promettre que si un jugement du souverain pontife venait à condamner ce contrat, ils se soumettraient avec une filiale obéissance à ce décret. L'évêque de Rennes ajoute qu'il y a des confesseurs qui, lors même que le pénitent ne s'accuse pas d'avoir prêté à intérêt, ne l'absolvent pas moins, encore bien qu'il soit notoire qu'il a recueilli des intérêts légaux. Dans cette diversité de sentiments, si contraire au bien de la religion, l'évêque demande à Pie VIII ce

[1] Le cardinal de la Luzerne a publié, sous la restauration, une dissertation dont les conclusions sont favorables au prêt à intérêt.

[2] Em. decreverunt : Oratrici pro nunc dicatur quod responsa ad propositos casus, ipsi, opportuno tempore, dabuntur. Interim vero, licet non peracta ulla illarum restitutionum, de quarum obligatione S. Sedem consuluit, a proprio confessario absolvi sacramentaliter posse, *dummodo vero parata sit stare mandatis*.

Cette décision est rapportée dans la circulaire de Mgr de Belley sur le prêt à intérêt (1838).

[3] 18 août 1830. Circul. de Mgr. de Belley, p. 5. Le texte y est en entier.

qu'il faut faire ; et le pape lui répond, après avoir consulté le saint-office, « qu'il ne faut pas inquiéter les confesseurs de la dernière opinion, qu'on doit même engager les confesseurs plus rigides à suivre leur exemple, jusqu'à ce que le saint-siége ait prononcé. »

A la même époque la question fut posée dans des circonstances plus délicates. Jusqu'à présent, les consultants n'avaient pas parlé de l'influence que l'existence de la loi civile doit exercer sur la bonne foi des prêteurs. Mais le vicaire général de Besançon, voyant son diocèse agité par des difficultés suscitées soit par les confesseurs, soit par les professeurs de théologie, soumit à la pénitencerie romaine le doute suivant : Un confesseur qui, connaissant les anciens canons sur l'usure, autorise le prêt à intérêt à 5 p. °/₀, même chez ceux qui n'ont d'autre titre que celui qui résulte de la loi civile, doit-il être absous ? Ou bien ne commet-il pas un péché en laissant dans la bonne foi ceux qui, ne se trouvant dans aucun cas de *lucrum cessans*, ou de *damnum emergens*, ou de *periculum sortis*, croient qu'il leur suffit de la permission émanée de la loi civile?

A cette question, si nettement posée, la sacrée pénitencerie répond qu'un tel confesseur ne doit pas être inquiété pourvu qu'il soit prêt à accepter en temps et lieu les décisions définitives du saint-siége sur la matière [1].

Le même jour, une décision semblable fut donnée au professeur de théologie du séminaire de Saint-Irénée, à Lyon. Plusieurs prêtres soutenaient qu'il est permis par la seule force de la loi civile de retirer du prêt un intérêt de 5 p. °/₀, disant que la loi du prince donne un titre légitime. Le professeur de théologie, en insinuant que sa conviction est opposée à cette doctrine, semble provoquer une désapprobation pour la conduite de ces prêtres. Mais la pénitencerie déclare qu'il ne faut pas les inquiéter, *quousque S. Sedes definitivam sententiam emiserit* [2]. Et cette décision est conforme à une précédente, qui fut approuvée par le pape Pie VIII et par le saint-office le 18 août 1830 [3].

Néanmoins, ce professeur de théologie conserva des scrupules opiniâtres! Pensant qu'il était plus sûr de s'en rapporter aux anciens canons, convaincu d'ailleurs par la doctrine de presque tous les séminaires, et notamment par celle du séminaire de Saint-Sulpice (c'est lui qui parle) [4], que le titre de la loi civile est insuffisant, il continua à répondre aux âmes confiantes qui le consultaient : Que quiconque n'a pas un titre admis par les théologiens, tel que le *lucrum cessans*, le *damnum emergens* et le *periculum sortis*, est coupable s'il retire un intérêt de son argent, et que la loi civile ne l'excuse pas au tribunal de la conscience. Toutefois, il crut convenable de recourir de nouveau à la sacrée pénitencerie et lui posa cette question : *Utrum durius et severius me habeam erga hujuscemodi fideles?* Et que répond le saint tribunal, le 24 septembre 1831? « Oui, vous êtes trop dur et trop sévère; conformez-vous aux précédentes décisions [5]. »

Je terminerai le détail de cette jurisprudence canonique par le fait suivant :

Le chapitre de la collégiale de Locarno, diocèse de Côme, territoire suisse, possède la plus grande partie de ses prébendes en capitaux provenant principalement de l'abolition des dîmes opérée par acte de la puissance législative, et c'est par le revenu de ces capitaux que

---

[1] 16 septembre 1830. Circul. de Mgr. de Belley, p. 7, 8.

[2] *Id.*, p. 8, 9, décis. 4.

[3] *Id.*, décis. 8, p. 12.

[4] « Attamen, salvo sacræ pœnitentiariæ responso præfato, consultis auctoribus probatis, et *attenta doctrina omnium fere seminariorum Galliæ, ac præsertim eorum quæ a presbyteris congregationis S. Sulpitii diriguntur*, sententia quæ rejicit titulum legis civilis tanquam insufficientem, videtur longe *probabilior, securior, et sola in praxi tenenda*, donec *S. Sedes definierit.* » (Circul. de Mgr. de Belley, p. 13.)

[5] Circul. de Mgr. de Belley, p. 13, décis. 9.

le chapitre fait face à l'entretien des chanoines et aux charges des bénéficiers.

Comme les immeubles sont très-chers dans cette localité et qu'ils rapportent tout au plus 2 1/2 p. %; que d'ailleurs il arrive rarement qu'ils soient mis en vente; comme, d'autre part, les baux à cens ou à rente perpétuelle éprouvent des entraves de la part de la législation locale, qu'ils sont peu sûrs, faute de bureau d'hypothèque, et que les emprunteurs n'aiment pas à grever leurs immeubles de ces cens, le chapitre place ses capitaux à intérêt de 4 ou 5 p. %, avec des sûretés immobilières et des cautions. Ces intérêts sont presque tout son revenu.

Au mois de mai 1831, le chapitre de Locarno crut devoir consulter le saint-office pour savoir : 1° si de telles circonstances sont un titre suffisant pour prêter à intérêt et si elles équivalent aux titres approuvés par les théologiens;

2° Il demanda en même temps si toute église quelconque, monastère, établissement religieux, pupille ou autre personne se trouvant dans le même cas, peuvent faire fructifier leur argent de la même manière;

3° Si l'intérêt est justifié par les lois civiles et le commun et tacite consentement des peuples, qui depuis des siècles a substitué le prêt à intérêt aux contrats jadis admis, mais aujourd'hui d'une application plus difficile et plus compliquée.

La réponse du saint-office, en date du 7 septembre 1831, est conforme aux précédentes : *Ad primum, secundum, tertium, non esse inquietandos; et acquiescant, dummodo parati sint stare mandatis sanctæ sedis* [1].

Je sais que l'on discute encore, dans les thèses et les écrits théologiques, pour savoir si ces importantes décisions déclarent que le titre de la loi civile est légitime, ou si seulement elles se bornent à ne pas désapprouver ceux qui le regardent comme légitime, en attendant que le saint-siége ait prononcé [2]. Nous ne chercherons pas à pénétrer dans le secret de ces distinctions. Quand même la circonspection du saint-siége se serait arrêtée à la seconde opinion, nous n'applaudirions pas moins à l'intelligence qu'il a montrée des besoins de son temps, en venant au secours de ceux qui contractent sous l'égide de l'autorité civile; nous ne louerions pas moins cette haute prudence qui s'interpose entre la fanatisme de quelques hommes maladroits, contient leur ardeur insensée, et leur apprend que ce sont ceux qui sont durs aujourd'hui, ce ne sont pas ceux qui prêtent au taux légal, mais ceux qui défendent de prêter. C'est à cette intervention que nous devons le changement qui, depuis plusieurs années, a modifié l'enseignement théorique des séminaires [3], et a arrêté le cours de doctrines affligeantes propagées au grand dommage de l'État et au plus grand dommage de l'Église dans plus d'une école de théologie. C'est elle qui a éclairé les évêques sur leurs devoirs, et qui leur a fait comprendre ce qui doit être accordé à la maturité des temps et à la nouveauté des circonstances. De pieux prélats n'ont pas failli à cette direction. En 1838, l'abbé Pagés, docteur en théologie et professeur de morale à l'Académie de Lyon, publia une *Dissertation sur le prêt à intérêt*, et y renouvela toutes les exagérations des plus fougueux théologiens contre l'usure. A l'entendre, les doctrines de Calvin se sont introduites jusque dans les congrégations de Rome et auprès des évêques de France et de Savoie! Cet écrit ayant été propagé dans

[1] Circulaire de Mgr. de Belley, décis. 12, p. 20.

[2] *Id.*, p. 34, 35.

[3] La théologie du B. Liguori rejette tout intérêt provenant du prêt, sans les titres de *damnum emergens, lucrum cessans, periculum sortis*; mais il ne parle pas du titre fondé par la loi.—La théologie de Silluart combat la légitimité de ce titre. — Ces deux théologies ont cours dans la plupart des séminaires.—(Circul. de Mgr. de Belley, p. 71.) Mais je sais positivement que l'autre opinion n'y est plus proscrite, et je connais des ecclésiastiques qui ont été admis à la soutenir.

les diocèses de Lyon et de Belley, l'évêque de ce dernier diocèse crut devoir prémunir son troupeau contre les fausses doctrines qu'il renferme; il publia une circulaire dans laquelle sont cités textuellement dix-sept décisions des autorités romaines, lesquelles tendent uniformément à rassurer la conscience de ceux qui retirent des intérêts de leur argent placé dans le commerce ou avec le titre de la loi. Elle se termine par ces paroles, empreintes d'un louable esprit de modération :

« Oui, nous avons toujours espéré » qu'un jour l'enseignement des écoles » s'adoucirait sur cette matière; que la » spéculation deviendrait plus conforme » à la pratique des confesseurs pieux et » éclairés par l'expérience. Nous avons » espéré qu'il arriverait à l'égard du prêt » de commerce ce qui est arrivé à l'égard » des rentes perpétuelles, qui furent si » violemment combattues dans le XVe et » le XVIe siècle, et qui, aujourd'hui, ne » présentent plus de difficultés [1]. »

Cet augure, nous l'acceptons pour notre compte et nous le croyons bien près de se réaliser. A côté des principes immuables sur lesquels repose l'Église, il y a des règles passagères que sa sagesse a toujours su varier suivant les besoins des peuples, et dans l'application desquelles elle a fait admirer cet esprit large qui ne repousse aucun progrès, et qui doit être souple, parce qu'il est universel.

D'ailleurs, notre Code civil n'est pas une loi athée, comme on l'a dit sans réflexion et avec une malheureuse audace. Je ne cesserai de le répéter : ce Code est spiritualiste, il est chrétien ; il réfléchit dans les rapports civils les grandes bases de la morale évangélique. Et quand le clergé se rapproche de lui, qu'il sache bien qu'il n'a point de souillure à redouter, et que c'est encore du christianisme qu'il y trouve sous l'enveloppe de la formule légale [2].

[1] P. 72.
[2] *Voy.* la préface de mon *Comment. de la vente*, et mon mémoire *De l'influence du Christianisme sur le droit romain.*

LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE X.

DU PRÊT.

DÉCRÉTÉ LE 9 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 19 DU MÊME MOIS.

ARTICLE 1874.

Il y a deux sortes de prêt :
Celui des choses dont on peut user sans les détruire,
Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.
La première espèce est appelée *prêt à usage*, ou *commodat* ;
La deuxième s'appelle *prêt de consommation*, ou simplement *prêt*.

SOMMAIRE.

1. La philosophie doit, pour être dans le vrai, reconnaître d'autres mobiles que l'intérêt.
2. La jurisprudence admet, outre l'intérêt, la bienfaisance, comme cause de certaines conventions.
3. Le prêt est un contrat de bienfaisance.
4. Il est gratuit, tantôt par son essence, tantôt par sa nature.
5. Il est du droit des gens.
6. Il est un contrat réel, ou parfait par la chose. Explications à cet égard. Théorie du droit romain sur les contrats et les pactes nus. — C'est à tort que Toullier n'admet pas les contrats réels ou parfaits par la chose.
7. Le contrat de prêt est unilatéral.
8. Division du prêt en *prêt à usage* et *prêt de consommation*.
9. Circonstances qui séparent ces deux espèces de prêt. Origine du mot *mutuum*. Des choses qui se consomment par l'usage.
10. Suite.
11. Division de la matière

COMMENTAIRE.

1. Parmi les causes qui déterminent les hommes à s'unir par le lien des conventions, il en est deux surtout que le droit s'applique à distinguer, parce qu'elles entraînent des conséquences juridiques remarquables : c'est l'intérêt et la sympathie. Quelques systèmes philosophiques [1] ont cherché à réduire ces deux moteurs à un seul, en supprimant le second au profit du premier, et en qualifiant d'intérêt personnel bien entendu les sentiments qui élèvent l'homme au-dessus de l'égoïsme. Tout ce qu'on peut dire de moins sévère sur ces théories, c'est qu'elles étouffent sous de vaines disputes de mots des distinctions qui sont réellement et inévitablement dans notre nature. La conscience du genre humain en atteste l'existence; la morale chrétienne les confirme et les précise; l'observation psychologique les découvre à l'état de fait positif, et pour ainsi

[1] Celui d'Helvetius, par exemple.

dire palpable, dans les replis les plus intimes du cœur de l'homme [1].

2. La jurisprudence, qui n'est autre chose que l'application de la philosophie et de l'éternelle morale aux relations civiles, reconnaît aussi, dans les conventions qu'elle organise ou qu'elle décrit, la trace ineffaçable de ces deux causes distinctes de rapprochement entre les hommes. Quand c'est l'intérêt de l'une des parties qui est venu faire appel à l'intérêt de l'autre, et l'a sollicité à un mutuel échange de concessions, le droit prend acte de ce mobile et veut que les parties contractantes soient jugées au point de vue de cet intérêt personnel qui les a dirigées. Mais si, au contraire, le désir de rendre un service gratuit a été la cause de la convention, le droit donne alors au contrat un nom particulier : il l'appelle contrat de bienfaisance [2], et il juge par les règles du bienfait l'acte qui dépouille l'un pour obliger l'autre.

3. Le prêt, dont nous allons nous occuper, est un de ces contrats de bienfaisance [3], et c'est avec raison que le jurisconsulte Paul appelle le prêteur : *qui beneficium tribuit* [4]. Le prêt procède du même ordre de dispositions bienveillantes que la donation [5]. Sans doute, il ne procure pas à l'emprunteur d'aussi grands avantages que la donation en procure au donataire, et de graves différences se font remarquer entre le prêt et la donation. Mais il n'en est pas moins certain que l'un et l'autre, quoique dans une mesure diverse, tirent de la bienfaisance leur caractère distinctif et leur cachet particulier. Le même Paul a très-bien dit : « *Voluntatis et* OFFICII, *magis quam necessitatis, est commodare* [6]. »

Du reste, la jurisprudence ne déclasse pas le contrat de prêt, alors que, dans certains cas particuliers, la pensée qui porte un homme à prêter a été mêlée d'un retour sur soi-même, ou d'une vue secondaire d'utilité; par cela seul que l'utilité n'est pas le but primitif, principal, le contrat reste dépendant de la catégorie des contrats de bienfaisance. Il y a dans un roman anglais [7] un personnage qui, pour se débarrasser d'importuns visiteurs qui venaient lui demander l'hospitalité, prêtait à l'un une paire de souliers, à l'autre un manteau pour s'en retourner, espérant bien que, peu soucieux de rendre, ils ne reparaîtraient plus dans son manoir : un tel prêt avait son côté intéressé, et le bienfait s'y trouvait mélangé d'un certain calcul; ce n'était pas tout à fait l'acte spontané de celui qui prête par humanité ou par pure amitié. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le classement juridique reste le même; la loi ne le change pas à cause des arrière-motifs qui ont influé sur la volonté de prêter.

Les jurisconsultes romains vont même jusqu'à supposer qu'il est des cas (rares à la vérité [8]) où le seul intérêt du prêteur en est la cause déterminante. Ulpien [9] donne pour exemple un fiancé qui, voulant que sa future paraisse plus parée, lui prête des bijoux; ou un magistrat qui, pour rendre plus brillants les jeux qu'il donne au peuple pour son avénement, prête aux acteurs des décorations. Mais ces exemples, imaginés pour conduire l'esprit jusqu'aux limites les plus excentriques du prêt, ne donnent pas une juste idée du milieu dans lequel ce contrat réside habituellement. D'après les faits juridiques les plus fréquents, comme d'après le sentiment général, le prêt est un service qu'on rend à autrui, et non un service qu'on se rend à soi-même. Il n'y a d'exception à cela que dans le prêt à intérêt, qui est un véritable contrat commutatif, comme nous le verrons plus tard [10].

Faisons remarquer dès à présent, au surplus, qu'il y a des cas où la jurisprudence, malgré cette souplesse de ses catégories, ne reste pas plus étrangère que la morale à la recherche du but intéressé que le prêteur peut s'être proposé : cette recherche est, par exemple, très-importante pour fixer le degré de responsabilité de l'emprunteur quand il a commis une faute. Les jurisconsultes romains n'ont pas manqué d'en indi-

[1] A ce propos, je me rappelle la belle dissertation de Cicéron sur la question de savoir si l'amitié vient de la sympathie ou de l'intérêt (*De amicitia*, nos 8 et suiv.). Le lecteur y reviendra avec plaisir. C'est une admirable démonstration de l'idée que j'émets ici sous forme affirmative.

[2] Art. 1105, Code civ.

[3] Inst. de Just., *quibus modis re contrahitur oblig.*, § 2; Ulpien. l. 5, § 12; Dig., *commod.*; *infra*, art. 1876; Pothier, no 5.

[4] L. 17, § 3, Dig., *commod.*

[5] Pothier, *Prêt*, art. préliminaire.

[6] L. 17, § 3, *comm. vel contra.*

[7] Dans *le Ministre de Wakefield.*

[8] Favre, *Ration.*, sur la loi 5, § 10, Dig., *commod.*

[9] Ulpien, l. 5, § 10, Dig., *commod.*, *Infra*, no 76.

[10] *Infra*, no 505.

quer l'utilité et d'y rapporter leurs distinctions [1].

4. De ce qne le prêt est un contrat de bienfaisance, il suit qu'il est gratuit par sa nature. Nous verrons même par l'article suivant qu'il y a une espèce de prêt qui est gratuit par son essence : c'est le prêt à nsage, appelé commodat. Mais, en dehors du commodat, la gratuité cesse d'être un élément constitutif et essentiel du prêt. Elle est seulement de sa nature; et la convention peut, par une altération volontaire de cette nature, stipuler un avantage ponr le prêteur. C'est ce que nons expliquerons dans notre commentaire de l'art. 1905 [2]. Pour le moment, bornons-nous à constater ces résultats: le prêt est un contrat de bienfaisance ; il est gratuit, tantôt par son essence, tantôt par sa nature; et, dans ce dernier cas, il peut même devenir l'instrument d'un profit stipulé par le prêteur. On voit par là combien les idées absolues répugnent à la jurisprndence : ni la rigneur mathématique, ni les classifications inflexibles ne sauraient comprimer l'élasticité qui appartient à ses principes.

5. Le prêt est nn contrat du droit des gens [3]. Il ne tire pas son origine des combinaisons artificielles de la loi positive. La nature sociale de l'homme en est la source, et le répand chez tontes les nations connues, quel que soit le degré de civilisation auquel elles soient parvenues. Il est un fragment de ce fonds commnn d'idées, de rapports et de pratiques qui forment le droit universel.

6. Quoique le consentement soit aussi nécessaire dans le prêt que dans tous les antres contrats [4], néanmoins il n'est pas rangé dans la classe des contrats consensuels. On le met parmi les contrats réels ou parfaits par la chose [5]. Mais ceci a besoin d'explication.

Le formalisme romain ne donnait pas à toutes les conventions la sanction d'une action en justice. Pour jonir de ce privilége, il fallait que la convention tronvât sa place dans les catégories réglées par le droit civil; et cette place, elle ne la devait qu'à l'accomplissement de certaines conditions impérieusement exigées et qui l'élevaient au rang de contrat; sans quoi, elle restait dans la classe des pactes nus, c'est-à-dire des conventions dépouillées de l'action en justice.

Dans ce système, le consentement n'était donc pas toujours un lien de nature à être pris en considération par la justice romaine. Quatre conventions seules, la vente, le louage, la société et le mandat, étaient parfaites par le consentement. Hors de là, le consentement ne suffisait pas ponr faire un contrat; il fallait qu'une circonstance de plus vînt s'y adjoindre nécessairement et lui donnât nne plus grande perfection; il fallait ou la réception d'une chose, ou la solennité des paroles, on l'écriture.

De là la division des contrats en qnatre espèces [6]: 1° les contrats parfaits par la chose; 2° les contrats parfaits par les paroles; 3° les contrats parfaits par l'écriture; 4° les contrats parfaits par le consentement: « Aut *re* contrahitur, aut *verbis*, aut *litteris*, » ant *consensu* [7]. »

Il y avait dans cette classification nne énergie d'analyse qui montrait d'un seul coup d'œil la ligne de démarcation servant à séparer les contrats, c'est-à-dire les conventions munies d'une action, des pactes nus, ou conventions destitnées d'action.

An premier rang des contrats parfaits par la chose figurait le prêt [8]. Ce n'est pas arbitrairement, du reste, qu'on le plaçait dans cette catégorie.

D'où naît, en effet, l'obligation de l'emprunteur? Elle émane de la réception de la chose, de la livraison qni lui en a été faite. Cette obligation, qui consiste à rendre (art. 1892), ne commence que dès l'instant où la chose a été mise entre ses mains: de telle sorte qu'il est impossible de concevoir un contrat de prêt, tant que la chose qui doit être rendue n'a pas été livrée préalablement [9]. Avant la remise de la chose, il y avait promesse de prêt, mais non pas prêt; et les jurisconsultes romains étaient trop attentifs à tenir compte des moindres nuances dans les rapports civils, pour confondre deux choses aussi différentes que la promesse de prêt et le prêt proprement dit. La promesse de prêt n'était qu'nne simple convention, qu'un simple pacte, sans efficacité ac-

[1] Caïus, l. 18, Dig., *commod.*
[2] *Infra*, n° 305.
[3] Pothier, n° 8.
[4] Art. 1108, Code civ.
[5] Pothier, n° 6. *Infra*, n°s 13 et 14.
[6] *Quatuor species*. Justin., Inst., *de oblig.*, § 2.
[7] *Idem*, et Caïus, 3; comm. 89.
[8] Caïus, 3, comm., 90. Just., Inst., *quib. mod. re contr.*, préface et § 2.
[9] *Infra*, n° 183.

tive, à moins que le consentement ne fût revêtu de la solennité de la stipulation (1).

Cette théorie du droit romain est susceptible de sérieuses critiques en tant qu'elle exige quelque chose de plus que le consentement pour attacher aux pactes une action en justice. Là se retrouvent ces habitudes exclusives, cet amour du droit strict, ce respect pour la forme, qui méconnaissaient l'empire de l'équité et la force de la volonté libre de l'homme.

Mais lorsque le droit romain déclarait que le prêt n'était tel qu'à la condition d'une tradition de l'objet prêté, il n'encourait plus aucun reproche; il exprimait une vérité qui ressort de la nature des choses, et que reconnaissent les législateurs de tous les peuples. Ce n'était plus une exception arbitraire et forcée, ou une religion superstitieuse pour les actes matériels.

Aussi Pothier, ce judicieux investigateur de tout ce que le droit romain avait transmis au droit moderne de notions conformes au bon sens universel, avait-il conservé au prêt sa dénomination de *contrat réel* (2). Puisque le prêt ne peut être conçu qu'autant que la chose a été livrée, il faut bien tenir compte de cette circonstance caractéristique, non pas pour en tirer les mêmes conséquences que les Romains; non pas pour conclure qu'une promesse de prêt n'est pas obligatoire, car notre droit, plus conforme que la jurisprudence romaine aux notions de l'équité, ne refuse pas sa sanction à un consentement légitime; mais pour dire que toute convention de prêt dans laquelle ne sera pas intervenue la délivrance de la chose ne sera pas un prêt; qu'elle sera un autre contrat, mais non pas celui-là dont s'occupe ce titre du Code.

Toutefois, Toullier a cherché à jeter des doutes sur l'existence, dans le droit français moderne, des contrats réels. La prétérition du Code civil dans les art. 1102 et suiv. lui paraît avoir été déterminée par l'inutilité d'une distinction qui n'a plus aucun intérêt pratique depuis que toutes les conventions formées entre les parties, quels que soient leurs noms et leurs causes, tiennent lieu de loi (3).

Je ne me rends pas à ces objections. D'abord, si le Code civil, dans le lieu allégué par Toullier, n'a pas reproduit une idée qui est dans la nature juridique de certaines conventions; si dans sa classification des contrats il a passé sous silence les contrats réels (4), c'est que cette distinction, beaucoup moins essentielle chez nous que chez les Romains, appartient plus à la doctrine qu'à la législation. On la trouve d'ailleurs en toutes lettres dans une autre partie du Code, dans l'art. 1919, et ceci répond à l'argument que Toullier entend tirer du prétendu silence du législateur. Et puis, de ce que notre droit, généralisant la puissance de la volonté, la dégage des nombreuses entraves dont la jurisprudence romaine l'avait embarrassée, il ne s'ensuit pas qu'il soit inutile de rechercher par quelles voies elle procède pour se préciser dans les conventions (5). Tout ce qui sert à distinguer les matières du droit est bon à étudier et à garder. L'esprit voit avec plus de justesse et de clarté les objets qu'il a scrutés sous toutes leurs faces. De là ces divisions des contrats en synallagmatiques et unilatéraux, en intéressés de part et d'autre, en contrats de bienfaisance et à titre onéreux. Pourquoi serait-il défendu dès lors de parler des contrats réels? Pourquoi ne ferait-on pas acception de la circonstance qui leur donne la perfection? Pourquoi les contrats qui ne sont devenus tels que par la délivrance de la chose ne recevraient-ils pas de ce fait une dénomination caractéristique?

Dira-t-on que c'est surcharger la mémoire d'une classification sans profit? Je le nie. Quand elle ne servirait qu'à montrer avec promptitude la différence qui existe entre la promesse de prêt et le prêt, celle-là parfaite par le seul consentement, celui-ci requérant nécessairement la délivrance de la chose, est-ce que la distinction n'aurait pas déjà une utilité marquée? Ne sont-ce pas en effet deux ordres de conventions fort différents que le prêt et la promesse de prêt? Est-il permis d'assimiler le prêt, dans lequel l'obligation principale pèse sur l'emprunteur, avec la promesse de prêter, dans laquelle l'obligation principale pèse sur le prêteur?

Je sais qu'à Rome la différence était en-

(1) Doneau, sur la rubrique du Code, *de commodato*, et dans son ouvrage intitulé *Comment.*, lib. 14, cap. 2, nos 3 et 7.

(2) No 6.

(3) Tome 6, no 17.

(4) Art. 1102 et suiv.

(5) *Infra*, comment. *du dépôt*, no 20.

core plus tranchée. Car, je le répète, la simple promesse de prêter, non accompagnée de stipulation, n'était pas obligatoire [1]. Chez nous, au contraire, elle vaut sans le secours de la solennité des paroles et par la seule énergie de la volonté. Mais qu'importe tout cela? que la promesse de prêter soit obligatoire, ou non obligatoire, n'est-elle pas autre chose que le prêt? Et pourquoi est-elle autre chose que le prêt, si ce n'est parce que la délivrance n'a pas eu lieu tant que les parties restent à l'état de simple promesse? Il est donc logique d'insister (comme l'a fait du reste l'art. 1919 que nous voulons imiter) sur la délivrance qui met en relief les différences des deux conventions. Il est donc nécessaire de faire ressortir ce fait important par lequel l'une des deux conventions se distingue de l'autre. Ne craignons pas, d'ailleurs, de restaurer par là les idées romaines sur les pactes nus, les stipulations et autres conceptions anéanties par la simplicité de notre droit moderne. Nullement! Si, parce que nous disons que le prêt est parfait par la délivrance de la chose, on en concluait que la convention de prêter n'a d'effet que lorsque la délivrance l'a suivie, on ferait un raisonnement insoutenable et absurde. Il n'y a pas à argumenter *a pari* du contrat à la promesse; au contraire! La circonstance de la remise de la chose n'est relevée par nous que pour mieux montrer que, tandis que la promesse n'exige rien de plus que le consentement, le prêt, bien différent, requiert, outre le consentement, la délivrance.

7. Le contrat de prêt a été rangé par Pothier dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits [2], et par Toullier dans celle des contrats bilatéraux proprement dits [3]. Mais ce dernier auteur va beaucoup trop loin; j'aime mieux la réserve de Pothier; elle se rapproche davantage du point véritable signalé par Voet [4], lequel ne voit dans le prêt qu'un contrat unilatéral. Le prêt, en effet, à quelque analyse qu'on le soumette dans ses diverses ramifications, ne renferme qu'une obligation principale: c'est celle que contracte l'emprunteur de rendre la chose (art. 1892, Code civ.). Il est vrai que le prêteur est soumis à l'obligation tacite de ne pas redemander la chose prêtée avant que l'emprunteur ne s'en soit servi, et qu'il est même responsable des défauts de cette chose lorsqu'il les connaissait et qu'ils ont causé du dommage à l'emprunteur [5]. Mais, malgré ces circonstances, je crois que le prêt n'est pas un vrai contrat synallagmatique; car ces obligations ne sont ni principales, ni même incidentes au contrat [6]. Ce sont des obligations accessoires qui ne tiennent qu'à l'équité, et qui dérivent de certaines règles de droit naturel communes à tous les hommes, innées dans tous les rapports civils, et indépendantes du consentement [7]: « *Adjuvari nos, non decipi beneficio* » *oportet* [8]. » — « Les conventions obligent » non-seulement à ce qui y est exprimé, » mais encore à toutes les SUITES que *l'équité*, » l'usage ou la loi donnent à l'obligation » d'après sa nature [9]. »

C'est pour cette raison que dans le droit romain l'obligation du commodataire était seule principale et directe [10]. Celle du prêteur n'était qu'indirecte [11]; elle ne naissait pas, à proprement parler, du contrat; elle naissait, sans convention, d'un quasi-contrat que le jurisconsulte Paul met sur la même ligne que la *negotiorum gestio* [12].

A la vérité, Paul emploie quelques expressions qu'on pourrait tourner en objections contre notre opinion, si l'on s'arrêtait à la surface des paroles: *Geritur negotium invicem; convertit* in *mutuas præstationes*. Justinien aussi, en parlant du *mutuum* fait par le mineur, dit de ce dernier: *Obligationem non contrahit* [13], ce qui me semble faire supposer que le majeur qui prête contracte une obligation. Au fond, cependant, il n'y a rien dans ce langage qui puisse nous faire balancer. Nous ne nions pas qu'il n'y ait un engagement du prêteur, qui se pose en regard de l'engagement de l'emprunteur; mais nous disons que cet engagement n'est

[1] Toullier, *loc. cit.*, tire de cela une objection, et Duvergier (*Prêt*, n° 25) le suit dans cette voie.
[2] Pothier, n° 7; *junge* Favre sur la loi 7, § 3, Dig., *comm.*
[3] Tome 6, n° 19.
[4] *De reb. creditis*, n° 2.
[5] Art. 1888 et 1891.
[6] Voy. *infra*, n° 257.
[7] Voy. le comm. de l'art. 1888, n° 141. *infra*
[8] L. 17, § 3, Dig., *commod.* (Paul).
[9] Art. 1135, Code civ.
[10] *Obligatio commodati* DIRECTA.
[11] *Obligatio commodati* CONTRARIA.
[12] L. 17, § 3, Dig., *comm. Infra*, n° 143, sur l'article 1888.
[13] Inst., *quibus alien. non licet*, § 1. *Infra*, n°s 188 et 198.

pas principal comme dans la vente, le louage; nous disons qu'il n'est que secondaire, et qu'à ce titre il ne suffit pas pour rendre le contrat bilatéral. Voilà pourquoi, prenant dans un sens restreint les définitions des art. 1102 et 1103 du Code civ., et les combinant avec l'art. 1325, nous disons que l'engagement du prêteur provenant d'un quasi-contrat, comme Paul nous l'a si bien dit, et se formant sans convention, on ne saurait ranger le contrat de prêt dans la classe des contrats synallagmatiques.

Cette discussion n'est pas sans utilité; elle explique pourquoi la formalité du *fait double* [1] n'est pas applicable au prêt : c'est, au surplus, ce que la suite confirmera.

8. Il y a deux espèces de prêt : le prêt à usage ou commodat, et le prêt de consommation [2].

9. Le prêt à usage est celui des choses dont on peut user sans les détruire; le prêt de consommation est celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait [3].

Il y a en effet des choses dont l'usage naturel et légitime détruit la substance [4] : tels sont le vin, l'huile, le froment, l'argent monnayé [5]. On ne peut s'en servir sans les absorber, et par conséquent sans faire sur eux acte de propriétaire; aussi Ulpien disait-il que ces choses consistent *in abusu* [6]. Livrer ces choses pour s'en servir, c'est donc en transférer nécessairement la propriété [7] : « *Quæ res in hoc damus, ut accipientium fiant.* » C'est en partant de là que les jurisconsultes romains croyaient que le nom de *mutuum*, que l'on donnait au prêt de ces choses, venait *ex eo quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit* [8]; mais cette étymologie n'a pas été admise par les savants. Cujas la trouvait plus conforme à une certaine affectation scientifique, recherchée par les stoïciens, qu'à la vérité [9]; et Saumaise, aussi intrépide qu'aucun stoïcien pour aller au-devant des *tortures* de l'étymologie, a consacré le premier chapitre de son curieux livre *De usuris*, à démontrer que *mutuum* n'est que le mot sicilien μοῖτον (*gratia*), latinisé [10]. D'après ce littérateur érudit, *mutuum* et μοῖτον [11] expriment ce que quelqu'un rend à un autre pour un bienfait reçu [12]. C'est le mot *gratia* employé dans le sens que lui donne Cicéron, dans ce passage *De amicitia* : « *Non ut exigemus gratiam,* » *neque enim beneficium feneramur, sed na-* » *tura propensi ad liberalitatem sumus* [13]. »

Quoi qu'il en soit de ces recherches grammaticales dont nous n'oserions pas nous constituer juge souverain [14], nous dirons que la conjecture des jurisconsultes romains, bien que hasardée au fond, prouve cependant une idée fondamentale en cette matière, à savoir, que la tradition des choses, pour s'en servir à titre de prêt de consommation, transfère la propriété. Si l'*ex meo fit tuum* n'est pas vrai sous le rapport étymologique, il est de la plus parfaite exactitude comme expression d'un fait juridique.

Les choses qui se consomment par l'usage s'appellent vulgairement choses fongibles, parce qu'elles se remplacent les unes par les autres, et que celles que l'on rend tiennent lieu de celles que l'on a reçues : *Quia*, dit Paul, *in suo genere functionem recipiunt* [15]. Quand je vous prête un champ, un cheval, vous ne devez pas me rendre un autre champ ou un autre cheval; car ce que vous me rendriez à la place ne serait pas la même chose que ce que vous auriez reçu [16]. Mais quand vous me prêtez du vin, de l'huile, du

---

[1] Art. 1325, Code civ.

[2] Art. 1874.

[3] *Infra*, nº 169.

[4] *Quæ ipsa usu consumuntur* (Inst., § 2, *de usuf.*).

[5] Caius, 3, comm. 90. Just., Inst., *quib. mod. re contr.*, proœm.

[6] L. 5, §§ 1 et 2, Dig. *de usu ear. rer.* *In abusu consistunt; in absumptione sunt; in abusu sunt.*

[7] Caius, 3, comm. 90. Paul, l. 2, § 2, Dig. *de reb. cred.*

[8] *Ibidem.*

[9] Sur la loi 2, § 2, Dig. *de reb. creditis.* (Ad libr. 28, *Pauli* AD EDICT.)

[10] « Vocem esse siculam *mutuum*, quæ ad Romanos, » cum aliis multis manavit, asserit Varro; cui in hac re » eo magis credendum est quod, non nisi invitus, solet » romanarum dictionum origines e Græco arcessere. » (*De usuris*, page 3.)

[11] C'est de μοῖτον, dit encore Saumaise, que les Romains ont fait le mot *mutare*, qui, dans l'origine, était *mœtare* (*loc. cit.*, page 4.)

[12] Ut sit quod reddit quis et rependit pro beneficio accepto (page 4).

[13] Nº 9.

[14] Cujas n'adopte pas plus cette étymologie de Varron que celle des stoïciens. Il ne voit pas pourquoi on ne pourrait pas dire que ce sont les Siciliens qui ont tiré du *mutuum* des Latins leur μοῖτον (9, *Observ.*, 37). Il se borne à enseigner, sans tant de détours, que *mutuum* vient de *mutatione*, « *quod mutatur hoc genere pecunia* » *cum pecunia, dum par quantitas accipitur et redditur.* » (*Loc. cit.*) Voy. *infra*, nº 181.

[15] L. 2, § 1, Dig., *de reb. credit.*

[16] Cujas dit : « *Nam si solvatur alius fundus, aliud* » *genus solvitur, non idem.* » (Sur la loi précitée.)

blé, des fourrages, des fumiers, il suffit que je vous rende une égale quantité de ces choses; comment, en effet, pourrais-je vous les rendre en nature, puisque je ne les ai reçues que pour les soumettre à un emploi qui les détruit? Tout ce que vous pouvez exiger de moi, c'est une quantité égale et une qualité pareille [1].

Pour arriver à une restitution qui soit parfaite, on pèse, on compte, on mesure les choses à rendre, et l'on prend pour base le poids, le compte, la mesure des choses livrées [2]. Par là l'identité est aussi entière qu'elle l'est lorsque ayant reçu de vous un cheval, je vous rends cet animal même. « *Nihil est tam simile quantitati, quam quantitas par*, dit Cujas [3]; *nihil tam simile » solido, quam solidus; nec videtur aliud per » alio solvere, qui pro decem aureis quos ac» ceperit, totidem alios reddit.* »

10. Ces notions rapides, sur lesquelles nous glissons ici pour y revenir plus tard, suffiront pour montrer que les créateurs du droit ne pouvaient passer devant des objets aussi différents que les choses fongibles et les choses non fongibles, sans entrer dans des distinctions fécondes sur les diverses espèces de prêt dont elles sont susceptibles. Prêter une chose pour qu'on en use sans la détruire, c'est donner à commodat. Ce contrat n'est mélangé d'aucune translation de la propriété [4]. Mais prêter une chose pour qu'on la détruise en s'en servant, c'est faire un prêt de consommation, c'est transférer la propriété de la chose prêtée. C'est un rapport qui, malgré ses analogies avec le commodat, s'en sépare cependant par des nuances dignes d'observation et tirées de la diversité de nature des objets sur lesquels interviennent les deux contrats; diversité de nature qui conduit à de remarquables diversités dans le droit [5].

11. De là deux chapitres : l'un consacré au *prêt à usage* ou *commodat* [6], que certains jurisconsultes appellent aussi quelquefois : *prêt de courtoisie* [7]; l'autre au *prêt de consommation* ou *simple prêt* [8].

Puis viendra un troisième chapitre qui traite du *prêt à intérêt* : ce prêt est une variété du prêt de consommation; son importance méritait un chapitre particulier et des développements spéciaux [9].

Tel est le cadre que nous allons chercher à remplir de la manière la plus complète qu'il nous sera possible.

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

PREMIÈRE SECTION.

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE.

ARTICLE 1875.

Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

[1] Cujas, sur la loi précitée.
[2] Paul, l. 2, § 1, Dig., *de reb. creditis*.
[3] *Loc. cit.*
[4] *Infra*, n° 38.
[5] Conan a très-bien dit : « *Diversitas* NATURÆ *rerum » in quibus versatur uterque contractus*, DIVERSUM *jus in » ipsis constituit.* » (De commodato, lib. 7, c. 3, n° 1.)
[6] Art. 1875 à 1891 inclusivement.
[7] Charondas, *Résol.*, p. 3, l. 6. Danty, *sur Boiceau*, page 527.
[8] Art. 1892 à 1904 inclusivement.
[9] Art. 1905 à 1914 inclusivement.

ARTICLE 1876.

Ce prêt est essentiellement gratuit.

ARTICLE 1877.

Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.

SOMMAIRE.

12. Transition.
13. Définition du commodat. Origine du mot *commodat*.
14. Pour qu'il y ait commodat, il faut qu'il y ait une chose livrée. Différence du prêt et de la promesse du prêt.
15. De la chose prêtée. — Renvoi à l'art. 1878.
16. La livraison de la chose ne transfère ni la propriété ni la possession.
17. Elle ne donne que l'usage, et encore cet usage est-il bien différent de la servitude d'usage, qui est un droit réel, tandis que l'usage du commodataire ne constitue qu'un droit personnel.
18. De l'étendue de cet usage.
19. Suite.
20. Le commodat diffère du dépôt et du gage, dans lesquels le détenteur ne peut se servir de la chose.
21. Le commodat renferme une libéralité.
22. Il doit être gratuit, sinon il cesse d'être un prêt.
Mais il n'est pas absolument nécessaire que l'intérêt du prêteur y reste étranger.
23. La condition du prêt, c'est que la chose soit rendue.
24. Comparaison du commodat avec la *donation*.
25. Et avec l'*usufruit*.
26. Et avec l'*usage*.
27. Et avec le *louage*.
28. Et avec le *précaire*.
29. Et avec le *dépôt* et le *gage*. Renvoi.
30. Et avec les conventions par lesquelles on livre une chose à une personne pour l'essayer, l'examiner, l'apprécier.

COMMENTAIRE.

12. La définition du prêt à usage, prêt de courtoisie, ou commodat, est renfermée dans les art. 1875, 1876, 1877. C'est pourquoi nous avons groupé ces trois textes, qui s'éclairent les uns les autres, et sont inséparables dans le commentaire.

13. Et d'abord, l'art. 1875 définit le prêt à usage un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi [1]. Le mot commodat vient du latin *commodatum*, qui lui-même a pour origine le mot *commodum*, qui signifie avantage [2]. D'autres disent que le mot commodat a pour étymologie *cum modo*, parce que la chose est livrée à l'emprunteur pour qu'il en jouisse d'une certaine manière [3].

14. Mais revenons à la définition du prêt à usage ; il s'ensuit que, pour qu'il y ait prêt à usage, il faut qu'il y ait une chose livrée. La simple promesse de livrer la chose ne serait pas un contrat de prêt à usage ; ce serait un autre contrat. Le prêt à usage n'existe que lorsque la chose a été livrée en vertu d'une convention réunissant les conditions énumérées dans les art. 1875, 1876, 1877. C'est ce qui a fait dire à Noodt : « *Non consensu perfici commodatum, sed traditione ex consensu facta, usus causa* [4]. »

Au surplus, je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus de ce point de droit [5].

15. Quant à la chose prêtée, nous nous en occuperons dans le commentaire de l'article 1878.

16. Le but pour lequel la chose est livrée n'est pas de transférer la propriété : le prêteur retient la propriété de sa chose; il en garde même la possession : « *Rei commodatæ*,

---

[1] « Commodati, dit Conan, ea est propria significatio » *in ea re* cujus usum, *certo aliquo* tempore et modo » concedimus ea lege ut nobis restituatur. » (N° 1, *De* » *commad.*)

Voet donne cette autre définition : « Est contractus » bonæ fidei, *re constans*, quo res alteri, *gratis*, ad certum tempus et modum *utenda traditur*, ea lege ut, » finito tempore vel usu, restituatur *in specie*. » (*Com-* » *modati*, n° 1.)

Voy. aussi la définition de Cujas dans ses *Paratitl.* sur le Code.

[2] Hilliger, *sur Doneau*, lib. 14, *Comm.*, t. 2, note 1, d'après Duaren.

[3] Wissenbach, *Paratitl.* sur le Dig., *commodat.*, n° 1.

[4] Ad lib. 13, tit. 6, *commodat.*

[5] Voy. *supra*, n° 6.

dit Pomponius, *et* POSSESSIONEM et PROPRIETATEM *retinemus* [1]. » Le propriétaire possède par le commodataire, lequel n'a qu'une simple détention et non une possession caractérisée [2] : « *Habet igitur commodatarius,* » dit Noodt, NUDAM *detentionem, non possessionem* [3]. »

Il suit de là que si le commodataire vend la chose prêtée, il vend la chose d'autrui et commet un abus de confiance. Nous examinerons, dans le commentaire de l'art. 1880, quelles sont les actions civiles et criminelles qui peuvent résulter de cet abus.

17. Le droit que le commodat confère à l'emprunteur se nomme usage [4]. Mais cet usage n'est pas identique à la servitude d'usage qui constitue un droit réel [5], contient un démembrement de la chose, et est susceptible de possession [6]. L'usage dont il est ici question n'engendre qu'un simple rapport personnel : il ne transfère aucun droit réel dans la chose [7]. Ne serait-il pas exorbitant et inique que le commodat, simple office d'ami, démembrât la propriété du bienfaiteur? L'emprunteur n'a donc qu'un droit personnel contre le prêteur, droit qui prend naissance dans l'obligation tacitement contractée par ce dernier de laisser l'emprunteur se servir de la chose pendant la durée du prêt, pour l'usage convenu.

18. L'usage de la chose prêtée n'est pas défini *a priori* dans des limites aussi précises que l'usage de l'usager. Ce dernier, d'après la loi, a droit d'employer la chose à ses besoins et jusqu'à concurrence de ce qui lui est nécessaire pour les satisfaire. L'usage du commodataire est plus indéterminé [8]. Son étendue dépend de la convention, de la destination naturelle de la chose prêtée, du but que les parties se sont proposé, d'une certaine mesure donnée par la discrétion et la délicatesse, qui veulent qu'un bienfait passager comme le prêt ne dégénère pas en abus, et qu'on n'exige pas de la chose prêtée des services aussi larges que ceux que l'usager, dont le droit affecte la chose, retire de celle-ci.

19. Quoi qu'il en soit de ces limites, il y a un point certain : c'est que l'usage du commodataire s'alimente soit des services qu'il retire de la chose prêtée, soit des fruits qu'il est autorisé à percevoir. Dans certains cas, l'usage est renfermé dans les services de la chose; dans d'autres cas, il s'étend et aux services et aux fruits. Ainsi, quand je vous prête ma jument, qui est pleine, pour que vous l'employiez à faire des transports, vous n'acquérez par là aucun droit de vous servir du jeune animal qu'elle mettra bas. Mais si je vous prête une de mes vaches laitières, afin que vous en usiez pendant que les vôtres ont vêlé, vous profitez de son lait. C'est là un fruit qui vous appartient.

20. Et puisque la chose est livrée à l'emprunteur pour qu'il s'en serve, il suit qu'il y a une grande différence entre le commodat et le dépôt et le gage. Dans le dépôt, on livre la chose non pour s'en servir, mais pour la garder; dans le gage, on la livre pour la posséder à titre de garantie. Mais le propre du prêt est de l'employer à l'usage de l'emprunteur [9].

21. Ces services abandonnés à l'emprunteur, ces fruits dont il est appelé à profiter, sont pour lui une libéralité. C'est pour cela que le prêt est un contrat de bienfaisance. Mais il ne résulte pas de là que la convention dégénère en donation. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a un mélange de libéralité; libéralité assez restreinte toutefois pour qu'on ne sorte pas des termes d'un contrat qui tranche avec la donation proprement dite [10].

22. J'ai dit que ces avantages renfermés dans le prêt à usage sont une libéralité. En effet, il est de l'essence de cette convention que la chose soit gratuitement livrée à l'emprunteur (art. 1876); car l'intervention d'un prix transformerait l'essence de la convention et la métamorphoserait en une convention différente [11].

[1] L. 8, Dig., *comm.* — *Junge* la loi 9, même titre, qui est d'Ulpien.

[2] Art. 2229, Code civ., et mon comm. sur cet article, nos 366 et suiv.

[3] Sur le titre *du commodat.*

[4] Art. 1875, 1880, 1881, 1884.

[5] Proudhon, tome 5, no 2743.

[6] Mon *Comment. de la prescript.*, no 364. Proudhon, t. 5, no 2748.

[7] Pothier, no 20. — Proudhon, *Usufruit*, tome 1, no 68. — Mon *Commentaire du louage*, no 19, *in fine.*

[8] Pothier (*Pand.*, *Commod.*, no 4.)

[9] *Infra*, nos 29 et 90; Cujas, 11, *observat.* 37 : « In » deposito et pignore, res *utendæ* non dantur; sed depo» sito custodiendæ, pignore possidendæ. Commodatæ, » dantur utendæ ad tempus, precario quandiu placuerit » danti. » Voy. *infra*, *Dépôt*, no 27.

[10] *Infra*, no 24.

[11] Ulpien, l. 5, § 12, Dig., *comm.* Justinien, Inst., *quib. modis re contrah.* : « Si nulla mercede accepta vel

Ainsi, si je vous prête mon cheval pendant dix jours à condition que vous me prêterez le vôtre pendant un temps égal, ce n'est pas un prêt qui a lieu entre vous et moi ; c'est un contrat sans nom [1].

Quoique le prêt à usage soit en général une libéralité, il ne répugne cependant pas à son essence que cette libéralité ait pour mobile l'intérêt commun du prêteur et de l'emprunteur [2].

Les jurisconsultes romains admettent même que dans certaines circonstances le prêt à usage peut avoir pour objet le seul intérêt du prêteur [3]. Mais comme nous l'avons dit ci-dessus, n° 3, ce n'est pas dans ces cas exceptionnels qu'il faut aller chercher le caractère normal du prêt à usage. En général, il est une libéralité dont le but est de rendre service à autrui, et non pas de faire quelque chose de profitable à soi-même.

23. La condition du prêt est que la chose prêtée sera rendue. L'article 1875 a relevé ce trait essentiel dans sa définition.

En effet, lorsqu'une chose a été livrée pour un certain temps et un certain usage, il y a nécessité de la rendre dès l'instant que ces modalités sont purgées par l'événement [4]. On peut même dire que l'apurement de la condition imposée à la chose prêtée fait qu'il n'y a plus de prêt, et que chacun doit rentrer dans son droit.

24. Maintenant que nous avons fait ressortir les traits caractéristiques du prêt à usage, il nous reste à le comparer à quelques contrats avec lesquels il a de l'analogie.

Mettons-le d'abord en regard de la donation. Il convient avec elle parce qu'il est dirigé par un esprit de libéralité et qu'il contient une concession gratuite [5]; mais il en diffère en ce que dans la donation c'est la chose même qui est donnée au donataire [6], tandis que dans le prêt elle est destinée à être rendue. Le prêt ne renferme qu'un abandon momentané de l'usage de la chose, des services qu'on en peut tirer, des fruits qu'elle peut rendre.

Ainsi le prêt suppose une chose livrée et retenue; la donation, au contraire, répugne à la rétention. Dans ses principes, tout ce qui est livré est donné. *Donner et retenir ne vaut.* Je vous livre ma vache laitière pour que vous profitiez de son lait et des fumiers. Si j'eusse voulu vous faire une donation, je vous aurais donné la vache elle-même. Mais puisque j'entends qu'elle me soit rendue, et que ma libéralité s'arrête à l'usage de la chose et aux fruits qu'elle peut produire, je ne vous ai fait qu'un simple prêt.

Ce serait cependant un don véritable si, sans vous livrer l'usage de ma vache, je vous permettais de venir la traire tous les jours le matin ou le soir. Dans ce cas, il n'y aurait pas prêt de la chose productive, mais simplement don de la chose produite.

C'est pourquoi, si, voulant faire don à un ami de quelques beaux fruits produits par un arbre de mon verger, je l'autorise à les faire cueillir, on ne dira pas que je lui prête cet arbre; ma libéralité porte exclusivement sur les fruits; ce sont les fruits seuls que j'entends lui donner et que je lui donne en effet.

25. Le prêt à usage a avec l'usufruit des analogies et des différences. Comme l'usufruit, il donne l'usage et la jouissance de choses qui appartiennent à un autre. Mais, tandis que l'usufruit transfère un droit réel et constitue un démembrement de la propriété, le prêt n'établit qu'un simple rapport personnel, sans affectation sur la chose [7]. L'usufruit réduit la propriété à un état de nudité : il en absorbe tous les émoluments avec tant de jalousie, qu'il s'attribue même ce qui excède la somme des besoins, même le superflu qui enrichit. Le prêt, au contraire, glisse rapidement sur la propriété, et n'est destiné qu'à satisfaire, par grâce, quelques besoins momentanés et restreints. L'usufruitier peut quelquefois aliéner les meubles soumis à son usufruit. L'emprunteur ne peut jamais vendre la chose prêtée. L'usufruitier est obligé à toutes les réparations d'entretien. L'emprunteur n'est tenu que des impenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service qu'il tire de la chose.

Enfin, en ce qui touche la restitution de cette chose, le prêteur a droit de la réclamer aussitôt que l'emprunteur en a tiré le service qui faisait l'objet du prêt. Au contraire, l'usufruit dure jusqu'à la mort de l'usufruitier, à moins qu'un terme particulier

» constituta, res tibi utenda data est. » *Junge* Donean, lib. 14, cap. 2, n° 3. Cujas, 11, *observ.* 37. Pothier, n° 3.

[1] Ulp., l. 17, § 3, Dig., *præscript. verbis.*

[2] Caius, l. 18, Dig., *commod.*

[3] Ulpien, l. 5, § 10, Dig., *comm.*

[4] Donean, *loc. cit.*, n° 7.

[5] *Supra*, n°s 3 et 21.

[6] Pothier, n° 9.

[7] Proudhon, *Usufruit*, tome 1er, n° 68.

n'ait été expressément fixé à sa jouissance.

26. Le prêt à usage n'est pas moins distinct du droit d'usage conféré sur uue chose. Ce dernier attribue à quelqu'un la faculté de se servir de la chose d'autrui [1], et, à cet égard, il convient avec le prêt ; mais il s'en sépare en ce qu'il confère un démembrement de la chose, et que la jouissance qui en découle a un caractère de réalité [2].

Quant à l'étendue de l'usage même de la chose, il n'y a pas non plus parité parfaite entre ces deux droits. Il est vrai que le droit d'usage, qui autorise l'usager à prendre les fruits de la chose jusqu'à concurrence de ses besoins, a un point de contact avec le prêt, lequel donne aussi à l'emprunteur le droit de se servir de la chose dans ses besoins. Je rappellerai à ce propos que la rédaction primitive de l'art. 1875 disait que la chose était prêtée à l'emprunteur *pour s'en servir dans ses besoins* [3]. Le tribunat fit effacer ces derniers mots comme inutiles [4].

Néanmoins, l'emprunteur ne doit pas estimer ses besoins d'une manière aussi large que l'usager. Il doit y mettre plus de réserve et de retenue. C'est un service d'ami qui lui est rendu. La délicatesse lui commande de ne pas aller jusqu'à l'indiscrétion. D'ailleurs il arrive presque toujours que le prêteur marque les bornes de son bienfait en indiquant les limites dans lesquelles l'usage doit se renfermer [5].

27. On peut également mettre le louage en parallèle avec le prêt à usage. Car le louage est un de ces contrats qui, comme le prêt, donnent à l'une des parties l'usage de la chose dont l'autre retient la propriété. Mais le louage est un contrat intéressé de part et d'autre, tandis que le prêt à usage est essentiellement gratuit. Le louage ne peut subsister qu'à la condition d'un prix ; le prêt à usage perdrait son caractère propre s'il en avait un [6]. De cette différence dans l'essence des deux contrats découlent de très-graves différences dans les obligations qu'ils engendrent. Ainsi, par exemple, l'emprunteur qui reçoit un bienfait ne saurait être aussi exigeant que le locataire qui paye sa jouissance. C'est pourquoi le locataire a droit de demander au locateur de le faire jouir, c'est-à-dire de le garantir de tout trouble et éviction. L'emprunteur, à l'inverse, n'a d'autre garantie à réclamer du prêteur que celle qui se base sur des faits personnels de ce dernier [7].

J'ajoute que le bail milite contre les tiers acquéreurs de la chose aliénée, pourvu qu'il ait une date certaine. C'est une sûreté que la loi devait au preneur qui a acheté son droit. Mais le prêt à usage ne suit pas la chose dans la main des tiers détenteurs. Un service rendu dans un pur esprit de libéralité ne devait pas être une source d'entraves pour la transmission de la propriété.

28. Le contrat avec lequel le prêt à usage a le plus de similitude, c'est le précaire. Nous ne voulons pas parler ici de cette espèce de précaire traitée par le droit canonique et qui transfère même irrévocablement la possession d'une chose dans laquelle le propriétaire conserve un droit supérieur [8]. Nous n'envisageons le précaire que dans le sens restreint du droit romain [9], et comme un prêt révocable à la volonté du prêteur : « *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quandiu is qui concessit patitur* [10]. »

Les rapports du précaire et du prêt à usage sont sensibles ; et l'on peut dire que, dans notre droit français, le premier est une variété du second [11] ; il en diffère seulement en ce que, dans le prêt à usage, le prêteur ne peut redemander sa chose qu'après l'expiration du temps convenu, ou présumé nécessaire pour que l'emprunteur use de cette chose ; tandis que, dans le précaire, le prêteur peut reprendre sa chose à sa volonté.

Dans le droit romain, le précaire se séparait du commodat par des différences plus tranchées. Le commodat était un contrat nommé ; le précaire ne l'était pas : « *Ex eo*

[1] Proudhon, *Droit d'usufruit*, tome 5, n° 2739.
[2] *Id.*, n° 2743. *Supra*, n° 17.
[3] Fenet, tome 14, page 425.
[4] *Id.*, page 441.
[5] Gregorius, *Syntagm. juris*, lib. 23, c. 1, n° 6 : « Certus usus est ille, qui destinatur ab eo qui commodat ; sicut enim voluntatis et officii magis est commodare quam necessitatis, sic etiam modum commodato adscribere. » — *Supra*, n° 18.
[6] Ulpien, l. 5, §§ 11 et 12, Dig., *commodat*, d'après Labéon ; — Pothier, n° 11.
[7] Pothier, n° 79.
[8] Mon *Comm. de la prescription*, n° 365. Dunod, page 34.
[9] Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 5, introduction. — Pothier, n° 86. — Cujas, 4, *observat.* 7. — Doneau, 14, *Comm.* 34.
[10] L. 1, Dig., *de precario*.
[11] Même en droit romain, Ulpien disait que le précaire était fort semblable au commodat. L. 1 Dig., *de precario*. *Junge* Doneil., 14, *Comm.*, c. 2, n° 6, etc. 34, n° 5.

» *nulla est actio civilis*, disait Cujas, *quia » civile negotium non est* [1]. » Celui qui avait prêté sa chose précairement n'avait pour se la faire rendre que des remèdes prétoriens, tels que celui qu'on appelait *interdictum de precario* [2], ou l'action *præscriptis verbis* [3], dont on sait que le fondement était dans l'équité et la juridiction du préteur.

Notre jurisprudence française a ramené les conventions à des principes simples, qui excluent ces distinctions entre le droit civil et le droit prétorien. Le précaire est donc, chez nous, un contrat au même titre que le commodat; seulement, il est peu usité, et le Code civil a cru devoir passer sous silence un accident si rare dans les rapports civils, une cause si insolite de débats devant les tribunaux.

29. Nous ne nous arrêterons pas à montrer les caractères qui séparent le commodat du dépôt et du gage. On peut s'en référer à ce qui a été dit ci-dessus, numéro 20, et aux détails dans lesquels nous entrons aux numéros 90 et suivants, sur une jurisprudence qui a essayé de confondre le prêt à usage et le dépôt [4].

30. Il sera plus utile d'insister quelques instants sur les rapports du commodat avec certaines conventions dans lesquelles l'une des parties livre une chose à l'autre pour l'examiner, l'essayer, ou pour en faire l'estimation. Ces conventions renferment des éléments qui les rapprochent singulièrement du commodat [5]. Elles ne sont cependant pas le commodat proprement dit. « *Si quis » pretii explorandi causa rem tradat*, dit Pa» pinien, *neque depositum*, *neque commoda» tum erit* [6]. » Ce n'est pas un prêt, en effet; car la chose n'a pas été livrée au preneur pour qu'il s'en serve selon ses besoins, mais pour qu'il l'examine, l'essaye ou l'estime [7]. Le contrat a donc une autre fin que le prêt [8] : on ne doit pas le confondre avec lui.

ARTICLE 1878.

Tout ce qui est dans le commerce et qui ne se consomme pas par l'usage peut être l'objet de cette convention.

SOMMAIRE.

31. De la chose prêtée.
32. Elle doit être dans le commerce.
33. Suite.
34. Quand même une chose prêtée serait dans le commerce, on ne peut la prêter quand on sait qu'elle doit être employée à de pernicieux et coupables usages.
35. Il faut que la chose prêtée à usage ne soit pas fongible, à moins que la chose fongible ne soit prêtée que *ad ostentationem*. Car alors la convention la transforme en corps certain. — Exemple emprunté à Cicéron.
36. On peut prêter des meubles et des immeubles. Exemples. Trait emprunté à Cicéron.
37. Anciennes dénominations latines pour distinguer le prêt de meubles du prêt d'immeubles. Sens primitif du mot *commodatum*.
38. Si l'on peut prêter la chose d'autrui. Distinction et résolution affirmative.
39. On peut prêter une chose incessible, par exemple un droit d'habitation.
40. Et le prêt par un locataire à un commodataire, de la chose louée, avec probibition de sous-louer, engage ce dernier à toutes les obligations du contrat de prêt.
41. Il n'y a pas d'emprunt de sa propre chose.
42. Cependant on peut emprunter la chose dont on n'a que la nue propriété, sans l'usufruit.

COMMENTAIRE.

31. L'article 1878 s'occupe de la chose prêtée. Il exige, d'après Pothier [9], deux

[1] Cujas, 4, *observat*. 7. *Junge* Doneau, 14, c. 11, nº 6, et c. 34.
[2] Paul, l. 14 Dig., *de precario*.
[3] L. 2, § 2, et l. 19, § 2, Dig., *de precario*. Cujas, *loc. cit.* Doneau, 14, c. 11, nº 6, et c. 34, et Pothier, nº 88.
[4] *Junge* mon *Comm. du dépôt*, nº 27, *infra*.
[5] Ulpien, l. 10, § 1, Dig., *commod*.
[6] L. 1, § 1, Dig., *de præscript. verbis*.
[7] « *Non est commodatum*, dit Cujas sur cette loi » (lib. 8, *Quæst. Papin.*), *quia non dedi tibi rem utendam » sed inspiciendam tantum.* »
[8] Pothier, nº 94.
[9] Nº 14, où l'art. 1878 a été pris.

conditions : que la chose soit dans le commerce [1] ; qu'elle ne soit pas de celles qui se consomment par l'usage.

32. La chose doit être dans le commerce. En effet, la loi ne reconnaît pas le prêt des choses dont le commerce est prohibé, comme sont par exemple les livres corrupteurs, les gravures infâmes, les armes prohibées [2]. Le prêteur n'aurait pas d'action contre l'emprunteur pour se les faire restituer; car, comme l'a très-bien enseigné le jurisconsulte Paul : « *Ubi autem et dantis et » accipientis turpitudo versatur non posse re- » peti dicimus* [3].

33. On peut cependant prêter un mauvais livre, lorsqu'on est dirigé par une intention honnête, par exemple quand on le prête à quelqu'un pour le réfuter [4] : un tel prêt n'a rien que de licite.

34. Quoiqu'une chose soit dans le commerce, on ne peut néanmoins la prêter lorsqu'on sait qu'elle doit être employée à un usage coupable : tel serait le fait de celui qui prêterait sciemment un fusil à un assassin pour commettre son crime; le prêt est alors une complicité [5].

Il n'y a aucune action en justice pour se faire restituer la chose ainsi prêtée dans cette pensée criminelle [6]. La règle donnée par Paul revient ici dans toute son autorité. Je renvoie du reste aux notions que j'ai développées, à cet égard, dans mon *Commentaire de la société* [7], et sur lesquelles je reviens dans le commentaire de l'article 1967, au titre *Du jeu* [8].

35. La seconde condition requise par notre article est que la chose qui fait la matière du prêt à usage ne soit pas fongible. La raison en est simple : le prêt à usage doit laisser la propriété reposer sur la tête du prêteur; or, comment cette règle essentielle se rencontrerait-elle si le prêt à usage portait sur des choses dont on ne saurait user naturellement qu'en les absorbant et en faisant acte de propriétaire [9]?

Cette vérité n'est cependant pas tellement absolue qu'elle ne reçoive un tempérament. Il peut arriver, en effet, que des choses qui se détruisent naturellement par l'usage qu'on en fait soient prêtées, non pour être consommées, mais pour être conservées et rendues *in individuo*. La volonté des parties leur enlève alors leur destination habituelle. Elle ne permet plus de les considérer comme des quantités; elle en fait des corps certains. Rien n'empêche alors qu'elles ne deviennent l'objet d'un contrat de prêt à usage. Ainsi le décidaient Ulpien et Caius. « Non potest commodari id quod usu con- » sumitur, nisi forte ad pompam vel osten- » tationem quis accipiat [10].» « Sæpe etiam » ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis » gratia [11], numerationis loco ostendan- » tur [12]. »

Ainsi, par exemple, on peut avoir besoin d'emprunter une pièce d'argent, non pour en user à titre de monnaie courante, mais pour s'en servir comme d'une médaille à étudier [13]. De même, il arrive souvent que pour faire montre d'une somme d'argent on l'emprunte à un ami, sauf à la rendre *in individuo* aussitôt après que l'occasion de la faire voir sera passée. Cicéron parle d'un emprunt d'une certaine quantité d'or fait par le jeune Cælius à Clodia, sa riche maîtresse, pour la décoration de ses jeux : « *Sc ad ornatum ludorum aurum quærere* [14] ! »

Dans de tels cas, la chose a perdu son caractère de chose fongible. Elle est transformée en corps certain [15].

36. Pourvu, du reste, que la chose prêtée ne se consomme pas par l'usage et qu'elle soit dans le commerce, il importe peu qu'elle soit meuble ou immeuble, corporelle ou incorporelle. Il est vrai que ce sont les meubles qu'on prête le plus ordinairement; mais rien n'empêche de prêter aussi un immeuble. On prête un livre, de l'argenterie, une maison de campagne, un grenier, une

[1] *Junge* art. 1128, 1598, Code civ.
[2] Anton., L. 6 C., *de pactis*. —Pothier, nº 16.
[3] L. 5, Dig., *de condict. ob turpem*.
[4] Pothier, nº 16.
[5] Duranton, tome 17, nº 505.
[6] *Secus*, Duvergier, nº 32.
[7] Nº 100, et surtout nº 105.
[8] Nºˢ 171 et suiv.
[9] *Supra*, nºˢ 9 et 10.
[10] L. 3, § 6, Dig., *commod*.
[11] *Dicis gratia* significari aliquid non serio et vere fieri, sed simulate. (Noodt, sur le tit. du Dig. *commod.*)
[12] L. 4, Dig., *Comm.*
[13] Noodt., *loc. cit.*
[14] *Pro Cælio*, nº 21. Voilà pourquoi, au nº 14, Cicéron appelle cela un commodat : *ut aurum commodares*. Cælius fut accusé de s'être servi de cet or pour soudoyer des esclaves et faire assassiner Dion d'Alexandrie (nº 21), et d'avoir voulu empoisonner Clodia. Il fut absous.
[15] Pothier, nº 17. Noodt, *loc. cit.* — Puffendorf, liv. 5, chap. 7, § 11.—Domat, *Prêt à usage*, sect. 1, nº 6. —Ducaurroy, *Inst.*, nº 965.

cave, un appartement, une servitude [1]. A Rome, les personnes riches prêtaient leurs maisons aux poëtes pour y réciter leurs vers [2]. Dans un charmant portrait que Cicéron s'est égayé à tracer de l'homme qui veut passer pour riche [3], le prêt joue un grand rôle dans l'étalage de ses fausses richesses. « Un beau jour, cet homme est visité dans son chétif manoir par des hôtes qui dans un de ses voyages l'ont splendidement reçu. Il se trouble d'abord; mais bientôt la vanité l'emporte. En cachette, il donne ordre à son seul esclave, Sannion, d'aller emprunter de la vaisselle, des tapis, des serviteurs; et Sannion a été assez adroit pour obtenir toutes ces choses. « Ceci n'est qu'une petite maison, dit-il à ses hôtes, où je passe quelques journées; car j'ai prêté mes grands appartements à un ami pour y célébrer ses noces. » Tout à coup Sannion l'avertit qu'on redemande l'argenterie; car le prêteur n'était pas tranquille. « Voilà qui est fort! s'écrie-t-il : je lui ai prêté ma maison et mes esclaves, et il me demande encore mon argenterie! Au reste, je ne veux pas le refuser. Mes hôtes se contenteront de la vaisselle de Samos [4]. »

37. Nous remarquerons, du reste, que bien que, d'après le droit romain, le prêt à usage embrassât les immeubles comme les meubles, néanmoins, la rigueur du langage primitif avait cru devoir employer une expression particulière pour désigner d'une manière plus spéciale le prêt des meubles. Ulpien nous apprend, en effet, que Labéon faisait une différence entre le *commodatum* et l'*usum datum*. Le *commodatum* était une espèce dans le genre : il ne s'appliquait qu'au prêt de meubles. L'*utendum datum*, au contraire, comprenait le prêt des meubles et des immeubles. Mais cette distinction ne se soutint pas; le commodat fut étendu au prêt de toutes choses [5]. C'est pourquoi Julien, compilateur de l'Édit perpétuel, substitua le mot *commodat* à l'*utendum datum*, que Pacuvius, auteur de l'édit, avait employé [6]. Les ouvrages de Cicéron prouvent, du reste, que de son temps le mot *commodare* avait déjà cette large acception [7].

38. On peut prêter la chose d'autrui. Toutefois cette proposition a besoin d'être expliquée.

Le prêt de la chose d'autrui est quelquefois un abus en ce qui touche le vrai propriétaire [8]. Mais ce n'est pas de son intérêt qu'il s'agit ici. Cet intérêt est réservé; il se manifestera contre l'auteur de l'abus par les actions ordinaires et légales. Au point de vue qui nous occupe, il n'est question que des rapports du prêteur et du commodataire; rapports qui procèdent d'un ordre de faits irréprochables entre les parties, et d'une convention libre, honnête, pure de tout méfait, et par conséquent obligatoire pour l'emprunteur. Quelle raison ce dernier aurait-il de ne pas vouloir rendre la chose prêtée? Ne l'a-t-il pas reçue à titre de service? Et serait-ce se montrer reconnaissant que de soulever d'office des difficultés qui ne le concernent pas?

C'est pour cela que les jurisconsultes romains vont jusqu'à décider (et il faut décider comme eux) que le possesseur de mauvaise foi [9] qui prête la chose qu'il savait appartenir à autrui, même la chose volée, n'en aura pas moins une action contre l'emprunteur pour se faire restituer cette chose. Tenu lui-même de la rendre à son véritable propriétaire, il a droit d'exiger que son emprunteur le mette à même de remplir son obligation [10]. Ce n'est pas que cette restitution de la chose prêtée doive porter préjudice au véritable propriétaire; nous montrerons plus bas comment se concilient l'obligation de restituer la chose et la pro-

---

[1] L. 1, § 1, Dig., *comm.* (Ulpien). L. 17, Dig., *de præscript. verbis* (Ulpien). Hilliger, *sur Doneau*, 14, *comm.* 11, note 3.

[2] Juvénal, satire 2, vers 40 et 41 :

« . . . . Ac si dulcedine famæ
» Succensus recitas, Maculonus commodat ædes.

Ces répétitions coûtaient quelquefois beaucoup d'argent aux auteurs, obligés de louer les banquettes, de disposer la salle, de répandre des programmes. « *Nam*, dit » Tacite, *et domum mutuatur*, *et auditorium extruit*, *et* » *subsellia conducit*, *et libellos dispergit*. » (*De oratorib.*, 9.)

[3] *Ad Herennium*, 4, 51.

[4] Sannioni puero negotium dederit, ut vasa, vestimenta, pueros corrogaret . . . .

Ait se ædes maximas cuidam amico ad nuptias commodasse. Nuntiat puer argentum repeti (pertimuerat enim qui commodarat). Apage te, inquit : ædes commodavi, familiam dedi, argentum quoque vult? tametsi hospites habeo, *tamen utatur licet*; nos Samiis delectabimur.

[5] L. 1, Dig. *commod.*

[6] *Id.*, et Noodt sur le titre *du Commodat*.

[7] Voyez le passage précité.

[8] Paul, l. 15, Dig., *comm.*

[9] Marcellus, l. 16, Dig., *commodat.*

[10] Cujas sur le texte précité de Paul (lib. 29, Pauli *ad edict.*), d'après la loi 1, § 39, *si prædo*, Dig., *depositi.*

tection due à la propriété [1]. Mais entre les contractants, nous le répétons, le prêt produit tous les effets ordinaires d'une convention librement formée [2].

39. Puisque le prêt d'une chose volée oblige le commodataire, à plus forte raison y a-t-il un lien de droit lorsque la chose prêtée était simplement indisponible et incessible entre les mains du prêteur. Ainsi, bien qu'un droit d'habitation ne puisse être ni cédé ni loué [3], on peut cependant prêter à un ami la chambre à laquelle on a droit. « Vivianus amplius etiam *habitationem* » commodari possit, ait [4]. » Peu importe que la personne chargée de cette servitude d'habitation se plaigne d'une aggravation. C'est une affaire entre elle et le prêteur, et les circonstances pourront en décider. Mais entre le prêteur et le commodataire il y a prêt valable; et ce dernier est tenu à toutes les suites du contrat.

40. C'est pourquoi, quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur la question de savoir si la prohibition de sous-louer ou de céder son bail comprend la défense de prêter l'appartement [5], on doit cependant reconnaître qu'entre le prêteur et le commodataire la convention produit un lien de droit.

41. Un brocard de droit dit : « *Commo-* » *datum rei suæ esse non potest* [6]. » En effet, on n'emprunte que ce qu'on n'a pas, et l'on ne prête à quelqu'un que ce dont il manque. Il serait ridicule de prêter à une personne sa propre chose [7], et ce serait le cas de dire avec Cicéron : « Triptolème ne va pas de» mander à emprunter les premières semen» ces qu'il distribue aux laboureurs. — Pro» méthée, qui donne le feu aux mortels, ne » va pas de porte en porte, un vase de » terre à la main, demander quelques char» bons [8] ! »

42. En un sens cependant, il est possible de concevoir l'emprunt de sa propre chose. Par exemple, si Pierre a l'usufruit d'une maison de campagne dont la nue propriété m'appartient et qu'il me la prête pour aller y remettre ma santé, ce prêt n'a rien qui blesse la raison et les règles du droit. Car il me procure un avantage dont j'aurais été privé par la servitude d'usufruit qui grève ma propriété [9].

ARTICLE 1879.

Les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prête et aux héritiers de celui qui emprunte.

Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer à jouir de la chose prêtée.

SOMMAIRE.

43. Le commodat passe aux héritiers des contractants.
44. Exemples de cette règle et de ses exceptions.
45. Dans le doute, les engagements résultant des conventions sont plutôt transmissibles que personnels.
46. Le précaire ne se transmet pas aux héritiers; il finit par la mort de l'emprunteur.
47. Mais il ne finit pas par la mort du prêteur. Dissentiment avec Domat. Autorités sur la question.

COMMENTAIRE.

43. Notre article s'occupe de la transmissibilité des engagements formés par le com-

[1] *Infra*, n° 106. — Arg. de l'art. 1938.
[2] *Id.* — Voyez aussi Favre, dans ses *Rationalia*, sur les lois 15 et 16 précitées. — Pothier, nos 18 et 46. — Duranton, tome 17, n° 514; Duverg., nos 33 et 34.
[3] Art. 634, Code civ.
[4] Ulp., l. 1, § 1, Dig., *comm.* — Hilliger, *sur Doneau*, 14, c. 2, note 3.
[5] Mon *Comm. du louage*, n° 136.
[6] Pothier, n° 19.
[7] Julianus, l. 15 Dig., *depositi vel contra*; voyez Gregor., *Syntagm. juris*, lib. 25, c. 1, n° 2.
[8] *Ad Herennium*, 4, 6.
« Si Triptolemus, quum hominibus semen largiretur, » ipse, ab aliis id hominibus mutuaretur; aut si Prome» thæus, quum mortalibus ignem dividere vellet, ipse a » vicinis, cum testa ambulans, carbunculos corrogaret, » non ridiculum videretur? »
[9] Pothier, n° 19.

modat aux héritiers des parties. Ce point méritait de fixer l'attention du législateur; car le commodat tire sa source du bienfait, et c'est ordinairement la considération de la personne qui est la cause déterminante des actes de bienfaisance.

Néanmoins, l'article 1878 décide que les engagements respectifs du commodat sont transmissibles aux héritiers, à moins que les circonstances particulières n'établissent que le prêt a été fait dans la vue seule de l'emprunteur et à lui personnellement [1]. De là il résulte que le prêt à usage rentre dans la règle générale des contrats; règle qui veut que les obligations passent aux héritiers toutes les fois que des raisons particulières ne les circonscrivent pas dans la personne même des contractants [2].

44. Recourons à quelques exemples, pour montrer sur-le-champ la règle et l'exception.

Paul prête une pièce de bois à Pierre pour soutenir son édifice qui menace ruine et qu'il va faire réparer [3]; si Pierre meurt avant la fin des travaux de réparation, Paul ne sera pas fondé à se prévaloir de cette circonstance pour obliger l'héritier du défunt à lui rendre prématurément la chose prêtée. Le prêt n'a pas été fait en considération de la personne même de l'emprunteur; il a eu pour objet de rendre service à Pierre jusqu'à ce que sa maison fût rétablie.

Mais si je prête ma villa à Pierre pour qu'il y rétablisse sa santé altérée par les fatigues du travail, il est évident que le décès de Pierre mettra fin au contrat, et ses héritiers ne pourront pas continuer à se servir de la chose prêtée. Ici, la convention n'a rien de réel; elle a un caractère purement personnel.

45. Du reste, c'est aux circonstances qu'il faut recourir pour décider quand le prêt est un pacte réel ou personnel [4]; mais, dans le doute, on préférera la transmissibilité du pacte à sa personnalité : la première est de droit commun.

46. Ce que nous venons de dire du prêt à usage ne s'applique pas au précaire. Ce contrat finit par la mort de l'emprunteur et ne se transmet pas à ses héritiers [5]; c'est à lui seul que la concession a été faite.

47. Mais le précaire est-il dissous par la mort du prêteur? La négative est décidée par Ulpien, d'après Sabinus, Celsus et Labéon [6].

D'un autre côté, cependant, Pomponius décide que la mort du concédant met fin à la concession faite pour durer *tant qu'il plaira au prêteur* [7].

Mais les interprètes concilient ces deux décisions en insistant sur le caractère spécial imprimé à la seconde espèce par la clause *quoad is qui dedisset vellet*. En thèse ordinaire, disent-ils, le précaire est censé durer jusqu'à ce qu'il ait été révoqué, et, logiquement, la mort du concédant ne le révoque pas; il faut une volonté exprimée par ses héritiers pour y mettre fin. C'est à ce point de vue que s'est placé Ulpien; c'est dans cet ordre d'idées qu'il a raisonné. Il a examiné le cas où le précaire n'est modifié par aucune circonstance restrictive. Mais bien différent est le cas où le contrat porte que le précaire ne durera que tant qu'il plaira au concédant; car alors le décès met fin à la volonté qui soutenait le contrat [8].

On a lieu d'être étonné que Domat, ordinairement si exact, ait pris la décision de Pomponius pour la règle générale, et qu'il ait passé sous silence le texte formel et si précis d'Ulpien [9]. C'est ce dernier texte qui nous doit servir de boussole. Nous avons vu qu'il est l'écho d'une doctrine universellement reconnue par toutes les écoles de jurisconsultes. Le droit canonique l'a reproduite en termes exprès, qui sont de nature à faire cesser tous les doutes. *Precarium solvitur*, dit le Pape Grégoire IX, *obitu ejus cui concessum est, non etiam concedentis* [10].

---

[1] Domat, *Prêt à usage*, sect. 1, nº 13.

[2] Toullier, tome 6, nº 388. Voy. *infra*, nº 140, la manière dont les héritiers sont tenus.

[3] Je prends cet exemple dans Paul, l. 17, § 3, Dig., *commod.*

[4] Delvincourt, tome 8, page 321.

[5] Celsus, l. 2, § 1, Dig., *de precario*. Paul, *Sent.*, lib. 5, tit. 6, § 17. — Hilliger, *sur Doneau*, 14, c. 34, note 3. — Pothier (*Pand.*, tome 3, page 242, nº 16. — La loi 31 au Dig., *de precario*, n'est pas contraire; quand elle dit : « *Suis quoque permissum uti videtur*, » elle parle, non des héritiers, mais des personnes qui vivent avec le preneur et sont de sa maison.

[6] L. 8, § 2, Dig., *de precario*.

[7] L. 4, Dig., *loc. cond.*

[8] Hilliger, *sur Doneau*, 14, c. 34, note 3; il cite Covarruvias et d'autres interprètes.

[9] *Loc. cit.*, nº 13.

[10] Decret. Gregor., lib. 3, tit. 14, c. 3, anno 1235.

DEUXIÈME SECTION.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR.

ARTICLE 1880.

L'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée; il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention; le tout à peine de dommages et intérêts, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

48. Transition. Des engagements de l'emprunteur. Digression à ce propos sur sa capacité.
49. Des emprunts à usage faits par les mineurs et interdits.
50. Conséquence des prêts faits à des incapables. Ils doivent rendre la chose, si elle existe.
51. Suite.
52. Mais si elle a péri, même par la faute de l'incapable, le commodant est sans action.
53. A moins que l'incapable, *doli capax*, n'ait agi par fraude et méchamment.
54. *Quid* si l'emprunteur devient majeur et garde la chose?
55. Du mineur émancipé
56. De la femme séparée.
57. De celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire.
58. De la preuve du prêt à usage, nécessaire pour établir l'obligation de l'emprunteur. Opinion de Danty sur l'admission de la preuve testimoniale, quelle que fût la valeur de la chose prêtée.
59. Examen de la question. Raison pour laquelle le titre *du Commodat* ne renferme pas un article pareil à l'art. 1923 placé au titre *du Dépôt*.
60. Si c'est un immeuble qui a été prêté à commodat, la preuve testimoniale est admissible.
61. Mais on tombe sous les prohibitions de la preuve testimoniale édictée par le droit commun, si le commodat porte sur des meubles.
62. Différence entre la revendication d'un meuble et la revendication d'un immeuble.
63. Exemple remarquable tiré d'un cas jugé au parlement de Paris.
64. Explication de l'arrêt rendu sur ce cas. Cet arrêt ne serait pas reçu aujourd'hui d'après les principes du Code civ. Mais il se soutient au point de vue de certains principes anciens.
65. Résumé du point de droit
66. Application aux héritiers de l'emprunteur.
67. Application à d'autres combinaisons. Arrêt de la cour royale de Colmar.
68. Critiques dont cet arrêt a été l'objet. Il s'explique facilement cependant quand on se pénètre des faits déclarés constants.
69. Engagements de l'emprunteur; il est tenu de veiller à la chose en bon père de famille, de la conserver et de la rendre.
70. Du dol de l'emprunteur.
71. De la faute.
72. Théorie des interprètes du droit romain sur le degré de responsabilité résultant de la faute.
73. Suite.
74. Résumé.
75. Suite.
76. Suite.
77. D'après le Code civ., la faute très-légère est bannie.
78. La faute légère seule est recherchée et punie.
79. Objection tirée de l'art. 1882. Renvoi.
80. Conclusion.
81. Si le prêt est fait pour l'intérêt du prêteur, il ne faut s'enquérir que de la faute lourde.
82. Du cas où la convention a diminué la responsabilité. Cette diminution peut avoir lieu implicitement. Exemple.
83. C'est au commodataire à prouver que la chose a péri entre ses mains par force majeure.
84. Cette preuve n'est complète en cas de vol, incendie, qu'autant que le commodataire prouve qu'il n'y a pas eu de sa part défaut de soins.
85. Du cas où le vol serait commis par le fils mineur ou le serviteur du prêteur. Lacune dans Pothier à cet égard.
86. Corollaire du n° 84.
87. L'emprunteur doit prouver qu'il a été vigilant.
88. Distinctions proposées par Puffendorf et rejetées.
89. Suite.
90. Le commodataire ne peut détourner la chose prêtée, ou la vendre, ou en disposer.
91. Mais le détournement n'est pas puni par la loi pénale. État de la jurisprudence criminelle à cet égard. Conflits désormais résolus.
92. Des tiers à qui la chose prêtée a été vendue.
93. Non-seulement l'emprunteur qui a détourné la chose n'est pas passible des peines portées par l'art. 408 du Code pén., mais il n'est pas non plus atteint par les peines du vol. Différence à cet égard entre le droit romain et le droit moderne.
94. Des dommages et intérêts dus par l'emprunteur pour défaut de soins et perte. Du cas où la chose se retrouve après avoir été perdue et après que des dommages et intérêts ont été payés.
95. De l'action *commodati* et de la prescription de cette action. Son origine à Rome.

COMMENTAIRE.

48. La section dans laquelle nous entrons s'occupe des engagements de l'emprunteur. Mais, avant de suivre le législateur dans l'exposé du système qui organise ce point capital du prêt à usage, nous devons rechercher quand il y a engagement légal de l'emprunteur, c'est-à-dire quand la capacité de la personne et la forme de l'acte ont produit une convention revêtue des caractères qui en assurent la validité. Le titre *du Prêt* a laissé ces points à l'écart; il les a considérés comme résolus d'avance par les règles générales déduites dans le titre *des Contrats et obligations*. Mais notre devoir, à nous, est de revenir sur ces principes et de les préciser en les ramenant aux spécialités du sujet que nous traitons.

49. Le mineur n'emprunte pas valablement sans l'autorisation de son tuteur [1]; il en est de même de l'insensé [2], de la femme mariée et de toutes les personnes incapables : toutes sont de mauvais emprunteurs. On leur rend service en leur prêtant, et néanmoins la loi les dégage des obligations que ce service imposerait à des personnes capables. Ce n'est pas, du reste, que le prêteur puisse se prévaloir de la nonidonéité de ces personnes pour prendre l'initiative de la nullité de la convention. Les incapables dont nous venons de parler sont seuls admis à argumenter du vice de la convention [3].

Néanmoins, et malgré cette inégalité de position, il arrive tous les jours que des prêts à usage se font à des mineurs, à des femmes mariées, etc., etc. La société est un échange de services dans lequel on suit plus souvent les mouvements du cœur que les sûretés du droit. Si ma voisine de campagne a besoin de ma voiture, pendant l'absence de son mari, pour aller faire un voyage à la ville, je la lui prête en m'en rapportant à sa bonne foi et sans trop me préoccuper de son incapacité juridique. Si un camarade d'études de mon fils vient passer chez moi ses vacances, je lui prêterai mes chevaux, mes chiens, mes armes, pour qu'il se livre à ses plaisirs de jeune homme pendant un temps qui s'écoule trop vite ! Sa qualité de mineur ne retiendra pas ma bienveillance et mon amitié.

50. Mais quels seront les résultats de la nullité du prêt ? Le mineur, l'insensé seront-ils dispensés de rendre la chose prêtée ?

Il est certain que si la chose existe dans les mains de l'emprunteur, il est tenu [4] d'en faire la restitution. Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; la bonne foi naturelle est ici la source de l'action, à défaut du commodat qu'on ne peut opposer à l'incapable [5].

51. Il en est de même si l'incapable, ayant vendu la chose prêtée, en a retiré un prix qui a augmenté son patrimoine et tourné à son utilité [6] ; dans ce cas, comme dans le précédent, le prêteur a contre l'incapable une action qui, si elle ne dérive pas rigoureusement du contrat de commodat, découle du droit naturel [7] : Ulpien l'appelle *utilem commodati actionem*.

52. Mais si la chose n'existe plus dans les mains de l'incapable, parce qu'il l'a laissée périr par sa faute, on décide que le prêteur qui en réclamerait la restitution serait repoussé par l'exception de nullité de la convention [8].

53. Toutefois, il ne faudrait pas étendre cette solution au cas où la personne incapable, étant *doli capax*, aurait fait périr la chose par fraude et méchamment. On sait que le mineur *doli capax* est réputé majeur quand il a commis un délit ou un quasi-délit [9]. Et quant à la femme mariée, comment ne serait-elle pas responsable de son méfait ?

Ainsi, si je prête à mon jeune voisin mon cheval pour une promenade et qu'il tue cet animal par malice, il sera tenu de m'indemniser. Sa minorité n'est pas ici un cas de sauvegarde ; car la loi veut protéger la fai-

[1] Ulp., l. 1, § 2, Dig., *commod.*
[2] Paul, l. 2 Dig., *commod.* (ad edict., lib. 29.)
[3] Art. 1125, Code civ.
[4] Arg. de l'art. 1926, Code civ. *Infra*, *Dépôt*, nos 55 et suiv.
[5] Paul, l. 2 Dig., *commod.* Sur quoi Favre dit : « *Commodati actione teneri non possunt ; tenentur tamen* » *actione ad exhibendum, utiliter cum possident.* »
[6] Ulpien, l. 3 Dig., *commod.*, et Favre sur cette loi : « Non aliter videri pupillum locupletiorem factum esse, » quam si, distracta forte re commodata et pretio in utilitatem suam converso, etc., etc. »
[7] Arg. de l'art. 1926, Code civ. *Infra*, n° 56, *Dépôt*.
[8] Duranton, tome 17, n° 507. — Duvergier, n° 39. *Infra*, *Dépôt*, n° 55.
[9] Art. 1310, Code civ.

blesse, mais non encourager la méchanceté et la fraude. Au surplus, ce cas a été prévu par la loi 9, § 2, Dig., *de minoribus*. Ulpien se demande si le mineur qui a commis un délit sur la chose prêtée à usage est tenu de son dol, quand même il ne se serait pas enrichi ; et il décide qu'il est tenu : « *Dolo » aliquid fecit minor in re deposita vel com- » modata... an ei subveniatur, si nihil ad eum » pervenit ; et placet in delictis minoribus non » subveniri* [1]. » Noodt [2] et Voet [3] ont très-bien expliqué ce point, et montré la liaison et la conciliation des textes [4].

54. Si, du reste, le mineur devenu majeur conservait la chose par devers lui, et qu'elle vînt alors à périr par sa faute, il serait jugé au point de vue des commodataires majeurs et d'après les règles strictes du prêt à usage. Il ne faudrait pas argumenter contre cette décision de la loi 1, § 2, Dig., *commod.*, dans laquelle Ulpien semble professer une opinion contraire. Delvincourt [5] a très-bien remarqué qu'Ulpien, en refusant l'action *commodati* sous prétexte qu'originairement il n'y a pas eu de commodat valable (*quia ab initio non constitit*), ne dit pas qu'il n'y a pas une autre action plus efficace, tirée de l'équité naturelle. Dans notre droit, où la rigueur des formules d'action est heureusement inconnue, l'action proviendrait d'un véritable prêt, investi de toutes ses conditions et ratifié par la majorité.

55. Quand le mineur a reçu par l'émancipation le droit de faire des actes d'administration [6], il est capable d'emprunter à usage. L'art. 483 du Code civ., qui lui défend de faire des emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille homologuée, n'a en vue que les emprunts dont il est question dans le chapitre II, *infra*, du *simple Prêt*. Ce sont là les emprunts qui trompent l'inexpérience des mineurs et consomment leur ruine. Le prêt à usage n'a pas ces dangers, et d'ailleurs, dans la langue du droit, on ne le confond jamais avec le simple prêt [7].

Le prêt à usage est un service passager qui est gratuitement rendu ; et sans l'obligeance du prêteur on serait obligé de recourir au louage, ou peut-être même à l'achat, pour se procurer la chose. Or, puisque le mineur émancipé, et par conséquent apte à se livrer à des actes d'administration, pourrait louer la chose à prix d'argent [8], à plus forte raison peut-il la recevoir gratuitement, à titre de prêt.

56. On doit en dire autant, et à plus forte raison, de la femme séparée ; car, outre qu'elle reprend l'administration de sa dot, elle peut aliéner son mobilier [9].

57. Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut emprunter, d'après l'article 513 du Code civ. ; mais nous répéterons ici ce que nous disions au n° 55 : l'emprunt défendu par l'art. 513 n'est pas l'emprunt d'une chose prise simplement à usage. Le pourvu d'un conseil judiciaire pourrait prendre la chose à bail [10], c'est-à-dire en payant ; et l'on voudrait qu'il ne pût la recevoir gratuitement !

58. Venons à la preuve du prêt à usage. Ce contrat est-il assujetti à la règle de l'article 1341, qui repousse la preuve par témoins toutes les fois que la chose prêtée excède 150 francs ?

Sous l'empire des ordonnances de Moulins et de 1667, dont les dispositions ont été reproduites par le Code civil, Danty soutenait que la preuve testimoniale était recevable, quelle que fût la valeur de la chose prêtée.

Voici quelles étaient ses raisons : « Il est » de notoriété que le prêt à usage ne se ré- » dige jamais par écrit ; il se fait de bonne » foi, entre amis, entre voisins. On n'ap- » pelle pas de notaires en cette occasion... » c'est un commerce fondé sur l'humanité... » Que s'il arrive que quelqu'un abuse de » cette facilité qu'a eue son ami, ou son » voisin, de lui prêter quelque chose, et » qu'il ose dénier le commodat, il serait in- » juste de refuser la preuve par témoins à » celui qui a prêté, sous prétexte que le » prêt à usage, étant un contrat, doit être

[1] *Junge*, Toullier, tome 7, n° 587 ; — Duranton, tome 17, n° 508 ; — Duvergier, n° 41.
[2] Sur le titre *commodati*.
[3] *Ad Pandect.*, tit. *comm.*, n° 3.
[4] On pourrait en effet argumenter de la loi 1, § 2, Dig., *comm.*, qui est d'Ulpien ; mais cette loi, prise dans son véritable sens, n'a rien de contraire. Elle refuse, contre les mineurs, l'action *commodati*, mais non pas *de dolo*. V. L. 1, § 15, Dig., *depositi*, et *infra*, *Dépôt*, n° 58.
[5] Tome 3, notes, page 404.
[6] Art. 481 et 484, Code civ.
[7] Art. 1874.
[8] Mon *Comm. du louage*, n°s 143 et 147 ; art. 481, Code civ.
[9] Art. 1449, Code civ. ; mon *Comm. du louage*, n° 149.
[10] Mon *Comm. du louage*, n° 148.

» compris dans la prohibition de l'ordonnance; car 1° ce contrat ne s'accomplit » pas par le seul consentement : la tradition » en est encore requise, et cette tradition » est un fait qui y est joint indispensablement. Or, il est certain que la tradition, » regardée en elle-même et détachée de la » convention, étant un fait, se peut prouver par témoins. On peut dire que celui » qui a prêté peut articuler que celui auquel il a prêté est en possession d'une » chose qui lui appartient, et qu'il la retient sans cause, et, ainsi, il peut être » admis à la preuve par témoins de cette » possession.»

A l'appui de cette argumentation, Danty cite deux arrêts du parlement de Paris des 11 avril 1574 et mars 1624, ce dernier rendu sous la présidence de Séguier, et dans une espèce où une femme demandait à prouver par témoins que sa voisine détenait un collier de perles de la valeur de 500 écus, qu'elle lui avait prêté sur sa bonne foi et sans en tirer de reconnaissance, comme il est d'usage. Bien que la défenderesse se retranchât dans les prohibitions de l'ordonnance et alléguât que l'admission de la preuve serait un moyen de ruiner les familles, rien n'étant plus facile que de supposer des prêts de grande valeur, l'arrêt autorisa la preuve testimoniale [1].

Pothier, sans discuter la question et sans citer les arrêts, croit, au contraire, qu'il faut s'en tenir aux principes généraux sur la preuve des obligations [2], et c'est l'opinion que Boiceau avait émise avant lui [3]. Elle a été suivie, sous le Code civil, par Toullier [4], Duranton [5] et Duvergier [6]. Mais on trouve dans un arrêt de la cour de Colmar, du 18 avril 1806, un écho de la doctrine de Danty et des arrêts du parlement [7].

Tout cela n'est pas sans difficulté. Quelques explications sont nécessaires pour éclaircir ce point de droit.

59. Et d'abord, pourquoi la section du prêt à usage ne contient-elle pas une disposition pareille à l'art. 1923 qui gouverne le dépôt? Pourquoi ce silence d'une part, et cette expression prohibitive de l'autre?

A mon avis, en voici la raison. Dans le titre *du Dépôt*, le législateur avait devant les yeux un contrat qui ne s'exerce que sur les meubles; et dès lors il pouvait et devait tenir un langage absolu. Nous insisterons tout à l'heure avec détail sur cette idée.

Mais le commodat embrasse les meubles et les immeubles, et, par là, plus de réserve était imposée au législateur; car les principes relatifs à la revendication des immeubles et à la preuve du droit de propriété immobilière apportent des modifications forcées au système édicté par l'art. 1923 du Code civ.

Le législateur a donc été sage et prévoyant en évitant ici les formules trop absolues. Il a justement senti qu'il y avait des cas de commodat où la preuve testimoniale ne pouvait être rigoureusement prohibée sans porter atteinte à des garanties tutélaires et à des droits inviolables.

60. Mais voyons de plus près cette distinction que nous établissons entre les immeubles et les meubles. Essayons de la faire tomber sous l'œil d'une saine logique.

Supposons d'abord un commodat d'immeuble. Je prête ma maison de campagne à mon ami pour y remettre sa santé. Qu'ai-je besoin d'un acte écrit pour établir notre position respective [8]? Si, par une insigne mauvaise foi, cette personne osait se constituer propriétaire de la chose, n'aurais-je pas une action en revendication à mon service? Ne pourrais-je pas établir mon droit, tant par titres que par témoins? Et quand j'aurai justifié de ma propriété, l'ingrat qui aurait retourné le bienfait contre moi, et qui se verrait menacé des dommages et intérêts encourus par l'usurpateur, ne serait-il pas heureux de pouvoir mitiger l'étendue des indemnités à me payer, en excipant d'un prêt qui, au moins pendant un certain temps, a légitimé sa possession? Jusque-là donc pas de difficulté possible [9]. Le droit commun sur la preuve des obligations n'est pas applicable. Tout aboutit à la preuve d'un droit de propriété, à des faits de possession *sine animo domini* et à titre précaire. Or (rien n'est plus vulgaire en droit), la possession et ses caractères, la propriété et

[1] Danty, *sur Boiceau*, 2e partie, *addit.* sur le ch. 7, n° 5, page 527. — *Junge* Despeisses, *Du commodat*, § 3, n° 7.

[2] N° 8.

[3] *De la preuve*, ch. 3, n° 4.

[4] Tome 9, n° 30.

[5] Tome 17, n° 498.

[6] N° 51 ; ce dernier a traité de la question avec soin.

[7] Dalloz, *Prêt*, tome 23, page 2, et *Pasicrisie*, à cette date.

[8] *Infra*, nos 67 et 68, je reviens là-dessus à propos d'un arrêt de Colmar qu'il faut consulter.

[9] *Voy.* l'arrêt de Colmar rapporté n° 67, *infra*.

ses titres à la revendication, s'établissent aussi bien par la preuve testimoniale que par la preuve littérale.

61. Mais, en ce qui concerne le commodat de meubles, autres sont les situations et les principes.

Il est en effet en cette matière une grande règle, que la propriété immobilière ne connaît pas, et qui fait la sûreté de la propriété mobilière; c'est la règle posée par l'article 2279 du Code civ. : *En fait de meubles la possession vaut titre.* » J'ai essayé d'en montrer le vrai sens dans mon commentaire *de la Prescription* [1]. J'ai prouvé qu'elle érige une présomption *juris et de jure* au profit de la personne à laquelle le demandeur ne prouve pas qu'elle est personnellement engagée envers lui par les liens d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit; que ce n'est qu'à la condition de cette preuve que l'art. 2279 cesse d'être applicable; mais que si elle manque, la loi donne à la possession du meuble une supériorité invincible sur le droit du véritable propriétaire : *Mobilia non habent sequelam.*

Or, qu'arrive-t-il dans l'espèce d'un prêt à usage non prouvé par écrit? Le prêteur, exerçant son action en revendication, se trouvera sur-le-champ entravé par le principe tutélaire qui donne à la possession du meuble les prérogatives de la propriété. La possession est le titre du défendeur. Pour le lui enlever, il faut que le demandeur lui prouve qu'il n'est pas, par rapport à lui, ce tiers que la loi protége; qu'il s'est engagé envers lui par les liens d'un prêt. Et précisément, la loi défend la preuve testimoniale de cette convention, par l'art. 1341 du Code civ., qui est général et aussi absolu que possible. Ainsi donc, faute de ce titre écrit qui seul ici pourrait placer le demandeur dans l'exception de l'art. 2279 du Code civ., le défendeur ne peut être envisagé que comme un tiers, dont on ne saurait troubler le droit par des investigations inquisitoriales. Il possède : donc il est propriétaire!

62. C'est là qu'est la grande différence entre la revendication d'un immeuble et la revendication d'un meuble.

Dans le premier cas, le droit de propriété peut poursuivre les tiers les plus reculés, toujours sûr de ne rencontrer dans leur possession qu'un simple indice qui cédera à la preuve contraire. Et comme la propriété se manifeste par des faits qui sont du domaine de la preuve testimoniale, c'est une vérité certaine, palpable et respectée, que ce droit s'établit, même à l'égard des tiers, tant par titres que par témoins. Mais, en fait de meubles, il en est autrement; les tiers sont à l'abri de toute poursuite. Contre eux, point d'action réelle. On ne peut revendiquer un meuble que contre la personne qui est personnellement engagée envers le demandeur. Si cet engagement personnel est de ceux qui s'établissent par la preuve testimoniale, comme le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit [2], tant mieux pour le demandeur. Mais si cet engagement prend sa base dans un contrat dont la loi défend la preuve testimoniale, c'est comme s'il n'existait pas, et le défendeur n'est aux yeux de la loi qu'un tiers, justiciable de Dieu et de sa conscience, mais légalement protégé par des raisons d'ordre public.

63. Par exemple, dans le procès jugé au parlement de Paris, supposons que la demanderesse eût établi, en fait, qu'elle avait acheté le collier de perles chez tel joaillier; qu'elle l'avait payé 500 écus; qu'on lui avait toujours vu porter cet ornement dans les réunions publiques et les jours de fête; qu'elle l'avait montré à des amies comme une parure à laquelle elle attachait un prix d'affection ou de valeur; qu'elle l'avait fait réparer, nettoyer, ou remettre à neuf, etc., etc. Tout cela aurait eu de la gravité sans doute pour faire planer sur la défenderesse des soupçons de mauvaise foi. Mais ce n'eût pas été suffisant : il aurait fallu prouver en outre que celle-ci n'était pas un tiers; et la demanderesse ne pouvait le prouver que par la représentation de l'engagement écrit qui plaçait la défenderesse dans la classe des obligés personnels.

Vainement la demanderesse aurait-elle parlé de dol, de mauvaise foi, de surprise, de tous ces méfaits, en un mot, sur lesquels la preuve testimoniale a une prise habituelle. Pour prouver le dol, il aurait fallu prouver le prêt; et la loi ne le permet pas.

Vainement encore aurait-elle mis en jeu le droit de propriété méconnu et scandaleusement violé. Les meubles sont d'une circu-

[1] Nos 1043 et suiv.

[2] Art. 1348, no 1, Code civ.

C'est l'objet direct de l'art. 1880 et de ceux qui le suivent.

D'abord il est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. La loi sollicite sa vigilance pour cette sorte de dépôt confié à sa discrétion. Elle engage sa bonne foi à le maintenir intact par les soins du bon père de famille, afin qu'il puisse satisfaire à la condition essentielle du prêt, qui est de restituer la chose (art. 1875), et de la restituer en bon état et sans perte pour le prêteur. L'obligation de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose prêtée n'est qu'un corollaire de l'obligation de la rendre.

De là deux conséquences évidentes : 1° l'emprunteur doit éviter tout ce qui tient du dol ; 2° il doit même se mettre à l'abri de la faute.

70. Quant au dol, les jurisconsultes romains avaient pris un soin extrême de le chasser du contrat de commodat [1], et ils déclaraient contraire aux bonnes mœurs la clause qui en aurait affranchi l'emprunteur [2]. Il est évident, en effet, qu'elle est surtout incompatible avec un contrat de bonne foi et de bienfaisance tel que le commodat.

71. En ce qui concerne la faute, il paraît qu'il y avait eu quelques controverses pour savoir si le commodat était dans la classe des contrats qui soumettent à la responsabilité du dol seulement, comme le dépôt purement gratuit, ou plutôt dans la classe des contrats qui exigent non-seulement la prestation du dol, mais encore celle de la faute. Ulpien nous apprend que, comme le commodat est presque toujours fait pour l'utilité du prêteur, l'opinion la plus vraie est que ce dernier doit répondre et du dol et de la faute, et que c'était, du reste, le sentiment du savant et vénérable Quintus Mucius Scævola [3].

72. Mais quel degré de vigilance était exigé du commodataire afin qu'il fût réputé exempt de faute?

D'après l'interprétation habituellement donnée aux lois romaines par l'ancienne jurisprudence, on exigeait que l'emprunteur apportât à la garde de la chose prêtée le soin le plus exact [4].

Deux textes de Caius servaient de base à cette décision : « *Exactissimam diligentiam* » *custodiendæ rei præstare compellitur* [5]. » » *In rebus commodatis talis diligentia præ-* » *standa est qualem quisque diligentissimus* » *paterfamilias suis rebus adhibet* [6]. »

Mais de graves objections auraient été de nature à arrêter des esprits moins fortement imbus de la théorie symétrique des trois fautes. Et d'abord, pourquoi faire sortir de ces superlatifs la faute très-légère, puisque dans d'autres cas, où l'on est d'accord pour n'exiger que la prestation de la faute légère, on les trouve également employés sans qu'on cherche à leur attribuer cette portée? Ce qui est du reste fort remarquable et fort significatif, c'est que Justinien, dans ses Institutes [7], se sert tout simplement de ces mots : *Exacta diligentia custodiendæ rei*, pour rendre l'idée exprimée par Caius dans les deux textes précités!

Il y a plus. Quand Ulpien parle de la faute imputable au commodataire, il évite les superlatifs ; il ne prononce pas le mot *levissima culpa*, qu'il emploie ailleurs dans la matière des délits [8]. Voici quelles sont ici ses expressions : « *Nam si culpa fecit dete-* » *riorem, tenebitur,* » et l'on sait que le mot faute, employé seul, implique l'idée d'une diligence qui ne doit pas être poussée jusqu'au soin le plus extrême : *Culpa ad exactissimam diligentiam dirigenda non est* [9]. De plus, le même jurisconsulte, revenant sur le même sujet dans la loi 5, § 2, n'exige du commodataire que la simple diligence : « *Et culpam præstandam et diligentiam ;* » et dans le § 5 de la même loi : *Custodiam plane commodatæ rei, etiam* DILIGENTEM *præstare debet;* » ce qui prouve bien que lorsque, dans le § 4, placé entre les deux que je viens de citer, Ulpien rend le commodataire responsable, *cum aliqua culpa intervenit*, il n'entend parler que de la faute commise contre la simple diligence, c'est-à-dire de la faute légère!

Néanmoins, ces textes ne troublaient pas les interprètes, « *nec turbat,* » disait Noodt ;

[1] Ulp., l. 5, §§ 2 et 10, *comm.*, d'après Q. Mucius.
[2] Paul, l. 17, Dig., *comm.* (lib. 29 *ad edict.*).
[3] L. 5, § 2, Dig., *comm.*
[4] Favre, sur la loi 18, Dig., *comm.* — Vinnius, *Instit.*, lib. 3, tit. 15, § 2. — Noodt, sur le tit. *commod.* — Pothier, n° 48. — Puffendorf, liv. 5, ch. 4, § 6
[5] L. 1, § 4, Dig., *de oblig. et act.*
[6] L. 18, Dig., *comm.*
[7] *Quib. mod. re cont. oblig.*, § 2.
[8] L. 44, Dig., *ad leg. Aquiliam.*
[9] Caius, l. 72, Dig., *pro socio.*

et l'on arrivait tant bien que mal à extraire la faute très-légère et la très-exacte diligence de ces fragments d'Ulpien, qui semblent prendre soin de n'en dire mot.

73. Mais achevons d'exposer la théorie que les interprètes, à travers l'embarras des textes et leur pénible conciliation, avaient fait prédominer dans l'ancienne jurisprudence.

Si celui à qui la chose avait été prêtée n'était pas naturellement capable de cette très-exacte diligence à laquelle on le soumettait, on ne le rendait pas moins responsable de ne l'avoir pas eue, et on lui fermait la bouche en lui disant qu'il devait s'imputer à lui-même d'avoir emprunté sans être capable du soin imposé aux emprunteurs [1], peu eussent donc importé son caractère habituel, ses dispositions naturelles à l'incurie. On le ramenait au type du père de famille très-diligent, considéré d'une manière abstraite.

Une concession a été faite cependant à la qualité de la personne. C'est pourquoi Balde et Dumoulin [2] n'admettaient pas qu'on exigeât le même soin de l'écolier à qui l'on a prêté un cheval que d'un écuyer ou d'un maréchal.

74. Tel était donc le droit admis dans l'ancienne jurisprudence. En principe, obligation pour le commodataire de réparer le dommage occasionné par sa faute très-légère. Deux exceptions seulement, outre le tempérament dont nous avons parlé à la fin du numéro précédent, modifient cette rigueur.

75. La première avait lieu lorsque l'emprunteur avait diminué par une convention sa responsabilité [3].

76. La seconde se présentait lorsque, contre l'ordinaire, le prêt n'était pas fait pour l'intérêt seul de l'emprunteur. Ainsi, par exemple, mettait-il en jeu l'intérêt commun de l'emprunteur et du prêteur [4], au lieu de la faute très-légère, l'emprunteur n'était responsable que de la faute légère. Ou bien, le prêt était-il fait (chose rare) dans le seul intérêt du prêteur [5], la responsabilité de l'emprunteur s'arrêtait au dol [6].

77. Venons maintenant au Code civil. Notre opinion est qu'il n'a pas voulu reproduire le système de la faute très-légère, qui n'eût été qu'une exagération [7]. Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher de l'article 1800 ce passage de Pothier :

« Il ne suffit pas, dit cet auteur, que l'emprunteur apporte un soin ordinaire, tel que les pères de famille ont coutume d'apporter aux choses qui leur appartiennent : il doit y apporter tout le soin possible, c'est-à-dire celui qu'apportent à leurs affaires les personnes les plus soigneuses [8] ! »

Est-ce là ce que dit l'art. 1880? Non. « L'emprunteur est tenu de veiller *en bon père de famille à la garde et à la conservation*, etc., etc. » Voilà la limite de sa responsabilité. Il ne doit pas être le père de famille très-diligent, l'homme aux cent yeux toujours ouverts ! il lui suffit d'avoir le soin, la prudence, l'attention du bon père de famille, de ce modèle formé sur les vertus moyennes du commun des hommes [9]. *In medio virtus !*

La comparaison de notre article avec Domat présente le même résultat [10].

Faisons-y donc attention ! en tout cela il y a une différence très-significative ; rien ne prouve mieux combien le Code civil a été éloigné de sanctionner l'ancienne division tripartite des fautes [11].

78. Ainsi donc, voilà la position fixée. L'emprunteur ne doit pas se contenter d'apporter à la garde de la chose prêtée le soin qu'il apporte à ses propres affaires ; car s'il est négligent pour lui-même, il ne lui est pas permis de l'être quand il s'agit d'une chose qu'il tient de la courtoisie et de la libéralité d'un ami. Il faut qu'il s'élève au-dessus de ses précautions habituelles, précautions qui ne le préservent que de la faute lourde [12]; il doit aller jusqu'à la diligence du bon père

[1] Pothier, nº 49. — Arg. de la loi 18, Dig., *commodat.*, précitée.

[2] Voyez ce dernier, dans son traité : *De eo quod interest*, nº 185 ; et, après lui, Pothier, nº 49.

[3] Ulp., l. 5, § 10, Dig., *commod.*

[4] Caius, l. 18, Dig., *commod.* — Pothier, nº 51. *Supra*, nº 3.

[5] Ulp., l. 5, § 10, Dig., *commod. Supra*, nº 3.

[6] Pothier, *loc. cit.*

[7] *Contra*, Toullier, t. 6, nºs 230 et suiv. ; — Duranton, t. 17, nº 521 ; — Delvincourt, t. 8, page 316 ; — Duvergier, nº 55.

[8] Nº 48.

[9] Mon *Commentaire de la vente*, nº 371.

[10] *Du prêt à usage*, sect. 2, nº 2.

[11] Voyez du reste mon *Commentaire de la vente*, nºs 361 et suiv. ; *du Louage*, nºs 345 et 1077, et *de la Société*, nº 566.

[12] Mon *Commentaire de la vente*, nºs 365, 389 et 390 ; définition de la faute lourde, art. 1927, Code civ.

de famille, c'est-à-dire de l'homme diligent considéré d'une manière abstraite, et offert comme type et comme exemple à la conduite du gardien de la chose d'autrui [1].

79. Qu'on n'objecte pas contre cette solution, frappante d'évidence, l'art. 1882. Nous verrons tout à l'heure avec quelle facilité la disposition de cet article se concilie avec notre interprétation.

80. Ceci posé, il devient clair que l'article 1880, en s'écartant de l'ancien droit en ce qui concerne le degré de gravité de la faute, a fait par cela même tomber la distinction au moyen de laquelle on ramenait le preneur à la faute légère seulement, quand le prêt avait en vue l'utilité commune [2]. Cette limitation est inutile dans un ordre d'idées qui n'admet que la faute légère.

81. Repousserons-nous également la distinction qui n'imputait à l'emprunteur que le dol ou la faute lourde, alors que le prêt avait pour objet l'intérêt unique du prêteur [3]? Je sais que l'art. 1137 n'est pas ami de pareils calculs, et qu'en principe il impute la faute légère, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet l'utilité commune [4]. Mais si l'art. 1137 semble repousser cette pondération des intérêts mis en présence, le système entier du Code lui donne accès [5] : les art. 804, 1927, 1992 en sont la preuve éclatante. Nous acceptons en conséquence ce point de l'ancien droit : la justice nous y conduit; la raison nous le commande [6]. Faisons attention d'ailleurs que cette sorte de prêt, d'une nature si insolite, et je dirai même si forcée [7], tient plutôt du dépôt que du commodat, et que l'art. 1927 se présente plus naturellement à l'esprit que l'art. 1880.

82. Il est encore un autre point sur lequel notre opinion se rallie à l'ancien droit. Quelque général, en effet, que soit l'article 1880, on ne saurait l'appliquer quand la convention a diminué la responsabilité légale [8], ou bien lorsque la qualité de la personne bien connue du prêteur est une démonstration qu'il n'a ni pu ni voulu compter sur la diligence du bon père de famille. C'est alors comme s'il avait été expressément stipulé que l'emprunteur ne répondrait que de la faute lourde ou de son dol.

Par exemple, vous prêtez votre cheval à un écolier de dix-sept ans qui est venu passer les vacances chez vous ; raisonnablement avez-vous pu espérer de cet enfant la diligence du bon père de famille? ne serait-ce pas une moquerie que de l'exiger de lui?

On s'en tiendra donc à la décision si logique et si équitable de Balde et Dumoulin [9].

83. Maintenant revenons à la règle générale de l'art. 1880.

Les choses périssent ou par force majeure et vétusté [10], ou par défaut de soin. La force majeure et la vétusté ne sont pas imputables à l'emprunteur [11]; il ne répond que du défaut de soin.

Mais comme il est débiteur de la chose et qu'il est tenu de la représenter, c'est à lui à prouver que la chose a péri entre ses mains par une cause non imputable [12].

84. A ce propos, nous devons rappeler qu'il y a des causes de perte qui ordinairement n'arrivent que par la faute des possesseurs : telles sont le vol, l'incendie [13], etc. Bien que ces causes figurent dans la classe des faits de force majeure, elles ne sont cependant telles que lorsque le soin du possesseur n'a pu les prévenir. D'où il suit évidemment que l'emprunteur est responsable du vol de la chose prêtée toutes les fois que ce fait a eu lieu par un défaut de soin qu'on peut lui reprocher [14].

85. Pothier ajoute, en se fondant sur les lois romaines [15], que la responsabilité demeure entière, alors même que le vol aurait été commis par le fils ou le serviteur du

[1] Mon *Commentaire de la vente*, n° 392.
[2] Pothier, n° 51.
[3] *Id.*—Ulpien, l. 5, § 10, Dig., *commod.*
[4] Mon *Commentaire de la vente*, n° 365.
[5] *Id.*, n° 366.
[6] *Id.*
[7] *Supra*, n° 3.
[8] *Supro*, n° 75.
[9] *Supra*, n° 75.
[10] La loi les assimile; voyez, en effet, à cet égard mon *Commentaire du louage*, n° 339; et consultez surtout Alfenus, l. 30, § 4, Dig., *loc. cond.*
[11] Ulp., l. 5, § 4, Dig., *comm.* : « Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, » dicendum nihil eorum esse imputandum ei qui commo- » datum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. » — *Junge* Ulp., l. 5, § 7, Dig., *commod.* — Caius, l. 18, Dig., *comm.*, — Diocl. et Maxim., l. 1, C., *commod.* — *Infra*, n° 88.
[12] Mon *Commentaire du louage*, n° 342.
[13] *Id.*
[14] Africanus, l. 21, § 1, Dig., *comm*
[15] N° 53.

prêteur. Au premier coup d'œil, telle paraît être, en effet, la décision d'Africain : « Étant » au camp, j'ai prêté à mes camarades de » chambre plusieurs ustensiles de ménage, » afin qu'ils s'en servissent entre eux. Mais » voilà que l'un de mes esclaves vole ces » objets et prend la fuite. J'aurai contre eux » l'action *commodati* [1]. »

Mais, remarquons-le, Africain ne s'en tient pas là, et je m'étonne que l'exact Pothier ne l'ait pas suivi jusqu'au bout. Africain [2] ne manque pas de faire remarquer que les emprunteurs auront contre moi l'action noxale par laquelle ils pourront demander ou l'estimation du dommage, ou le délaissement de l'esclave.

Ainsi, dans le droit romain, les deux actions marchaient l'une contre l'autre sans se détruire. Et pourquoi? Parce que l'action du commodant pour se faire indemniser pouvait conteuir plus quo l'action noxale, dont l'un des caractères était de se dénouer, à la volonté du défendeur, par l'abandon de l'esclave. Or il est évident que si la chose prêtée avait plus de valeur que l'esclave, la première action n'était pas absorbée par l'action contraire [3].

Dans notre droit français, qui ne connaît qu'une actiou en responsabilité du dommage causé par le serviteur, l'enfant, etc., etc., on ne pourrait pas faire le même raisonnement, et je ne vois guère comment l'on soutiendrait que l'action du prêteur ne serait pas arrêtée par l'exception de responsabilité dont l'emprunteur est armé.

86. Dans toutes ces hypothèses, du reste, nous avons supposé, comme les lois romaines, que le vol avait eu lieu par suite du défaut de vigilance de l'emprunteur; c'est, en effet, le cas le plus ordinaire.

Mais si le vol vient le dépouiller par l'effet d'une force à laquelle il n'a pu résister par sa diligence et ses soins, il est exempt de reproches; le vol, alors, n'est pas imputable au commodataire [4].

Ces distinctions s'appliquent aussi à l'incendie.

87. Mais à qui appartient-il de prouver le défaut de soin? à l'emprunteur, ou au prêteur? Suffit-il que l'emprunteur proove le vol et l'incendie, et est-ce ensuite au prêteur à détruire l'influence de cette preuve en établissant que la faute a amené ces événements?

En aucune manière. Je le répète : comme le vol a souvent lieu par l'effet de l'incurie [5] (j'en dis autant de l'incendie), il ne prend le caractère de la force majeure qu'autant que l'emprunteur prouve que ses précautions ont été sages et prudentes, et que malgré tous ses soins elles ont été déçues [6]. Sans cette preuve, il n'y a pas démonstration de l'existence de la force majeure : il ne reste qu'un fait qui, loin d'exclure la faute, la fait presque toujours supposer.

Ainsi pour se faire exonérer, l'emprunteur devra prouver que la chose lui a été volée, soit à force ouverte, soit avec de fausses clefs, soit avec effraction ; je donne ceci comme exemple [7]; je ne veux pas dire que la force majeure n'ait lieu que dans ces seuls cas.

88. Nous disions tout à l'heure, et nous avons supposé dans l'argumentation qu'on vient de lire, que la force majeure, prouvée catégoriquement, décharge l'emprunteur. Telle est l'incontestable doctrine des jurisconsultes [8]; telle est la pensée formelle du Code civil [9]. Toutefois Puffendorf propose une distinction qu'il convient d'examiner; car il prétend l'appuyer sur des idées empruntées au droit naturel, à ce droit fondamental qui mérite tous nos respects.

S'il y a lieu de croire, dit-il, que la chose aurait également péri entre les mains du propriétaire qui ne l'aurait pas prêtée, l'emprunteur ne doit pas être tenu de la force majeure; dans le cas contraire, il est incontestablement obligé à la restitution. Le service coûterait trop cher si, outre la privation que s'impose le prêteur en donnant l'usage de sa chose, il fallait encore qu'il supportât une perte totale qui ne serait pas arrivée entre ses mains. Que l'emprunteur

[1] L. 21, § 1, Dig., *comm.* Voyez le commentaire de cette loi par Cujas, *Tractat.* 8 *ad Africanum.*

[2] Même loi.

[3] Favre, *Ration. ad Pand.* sur la loi 21, § 1, Dig., *commod.*

[4] Julien, l. 20, *commod.*

[5] Favre, sur la loi 21, § 1, Dig., *comm.* — Pothier, nº 53.

[6] Mon *Commentaire de la vente*, nº 402; — *du Louage*, nºˢ 221, 222, 223, 343, 364, 366, 910, 916, 959, 987, 1088, 1092; — *de la Société*, nº 584.

[7] Pothier, nº 53.

[8] Caius, l. 1, § 4, Dig., *de oblig. et act.* — Ulpien, cité *supra*, nº 83, et autres textes inutiles à rappeler.

[9] Art. 1881, 1882, 1883, 1890.

souffre donc la perte, puisqu'il a été l'occasion du malheur arrivé.

Cette opinion est défendue par Barbeyrac contre Titius et Wolff.

Mais, comme Pothier l'a démontré après ces deux derniers jurisconsultes, elle n'est pas soutenable, et l'on fait parler ici une fausse équité.

Le prêt ne faisant pas changer de place la propriété de la chose prêtée, le prêteur a certainement entendu assumer la responsabilité des faits de force majeure qui pendant la durée du prêt peuvent atteindre cette chose. S'il avait voulu reporter sur l'emprunteur une responsabilité que le droit met à la charge du propriétaire, il l'aurait dit : son silence s'interprète donc d'après la règle *res perit domino*.

Et puis, quelle personne voudrait emprunter, si l'emprunt soumettait à une condition si onéreuse? Le prêt dégénérerait en une spéculation du prêteur, qui par là trouverait un moyen de se défaire avec profit d'une chose qui peut-être l'embarrasse ou qu'il n'affectionne pas; il cesserait d'être un service rendu.

89. Il faut donc rejeter l'opinion erronée de Puffendorf et de Barbeyrac, et s'en tenir à la raison écrite, qui est encore ici la raison naturelle et l'équité.

Du reste, nous verrons dans les art. 1881 et 1882 dans quels cas d'exception la force majeure retombe sur l'emprunteur.

90. Puisque l'emprunteur doit veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée, il suit qu'il doit à plus forte raison s'interdire tout acte qui aurait pour résultat d'enlever au prêteur la propriété de sa chose. Ainsi, par exemple, il ne pourrait la détourner et la vendre sans se rendre coupable d'un abus de confiance odieux [1]. Car, comme je l'ai dit *supra* [2], le prêt ne transfère à l'emprunteur aucun démembrement de la propriété. S'il a le droit de s'en servir, il n'a pas le droit d'en disposer.

91. Mais quand je me sers de ces expressions, *abus de confiance*, je ne les prends pas dans le sens rigoureux qu'y attache le droit pénal. En effet, le détournement de la chose prêtée, quelque répréhensible qu'il soit, n'est pas compris dans les dispositions répressives de l'art. 408 du Code pénal.

Ce point cependant a été l'objet de controverses sérieuses, et l'on n'est pas arrivé tout d'un coup à l'unanimité d'opinions à cet égard. Ainsi, la cour de cassation, par arrêt du 22 juin 1839, a décidé que le détournement de la chose prêtée constituait le délit prévu par l'art. 408 [3]. Pour arriver à cette solution, il a fallu faire un effort d'interprétation contraire à la grande maxime de droit d'après laquelle les lois pénales ne sauraient être étendues sous prétexte d'analogie. Comme l'art. 408 du Code pénal ne sévit que contre le détournement frauduleux de l'objet confié à titre de *louage*, *dépôt*, *mandat*, l'arrêt de la chambre criminelle s'est vu réduit à la nécessité de mettre le prêt à usage dans la classe de cette sorte de dépôt dont parle l'art. 1928, et qui est fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire [4].

Cet arrêt excita à bon droit une vive résistance [5]. La cour ayant persisté dans sa jurisprudence par un autre arrêt du 24 juillet 1840 [6] portant cassation d'un jugement du tribunal de Guingamp, le tribunal de renvoi refusa de se soumettre à sa doctrine, et la cause fut portée à l'audience solennelle des chambres réunies. Dupin, procureur général, s'appliqua à démontrer que le jugement attaqué contenait une violation de l'art. 408. Mais la majorité de la cour, dont je faisais partie, repoussa un système d'interprétation extensive, dont les dangers ont été signalés par tous les criminalistes, et qui répugnait ici aux termes et à l'esprit de la loi. — L'arrêt du 17 mars 1841, rendu après un délibéré prolongé et approfondi, fixe désormais la jurisprudence [7].

Comment, en effet, pourrait-on trouver une place pour le prêt à usage dans l'article 408 qui ne parle que *du dépôt*, *du mandat*, *du louage ou de la remise pour un travail salarié ou non salarié?* Quand un texte est si énergiquement limitatif (surtout en matière pénale), peut-on admettre des interpréta-

[1] Paul, l. 34, § 1, Dig., *de oblig. et act.*
[2] N° 16.
[3] Devill., 39, 1, 629.
[4] *Infra*, titre *du Dépôt*, sur l'art. 1923.
[5] Voyez ce qu'en disent Faustin Hélie et Adolphe Chauveau (*Théorie du Code pénal*).
[6] Devill., 40, 1, 724.
[7] Devill., 42, 1, 941. (*Voy.* dans le même sens un arrêt de la haute cour militaire de Belgique, du 28 octobre 1834.

tions qui troublent l'ordre des contrats, leur enlèvent leurs caractères propres, et confondent des rapports que le droit civil prend tant de soin à séparer? Et d'ailleurs comment ne voit-on pas que le législateur a eu de très-bonnes raisons pour exclure le prêt des peines de l'art. 408? La société ne peut se passer de contrats de dépôt, de mandat, de louage, extrêmement fréquents. Quel moyen, en effet, de gérer ses affaires, les plus importantes comme les plus usuelles, si l'on n'avait pas recours à des dépositaires, à des mandataires? Comment utiliserait-on une foule de meubles qui ont besoin de réparation, ou qui sont des matières premières de fabrication, etc., etc., sans le secours du louage d'industrie? Dans ce mouvement continuel et indispensable auquel les contrats dont il vient d'être question servent de pivot, il fallait donc protéger par des garanties pénales efficaces ceux qui sont forcés de se livrer à des dépositaires, à des mandataires, à des ouvriers. Mais en est-il de même du prêt à usage? Y a-t-il une égale nécessité de prêter? Le prêt n'est-il pas un effet de l'affection, et non pas de la nécessité [1]? Et, dès lors, le prêteur qui n'a fait que suivre l'impulsion toute libre et spontanée de son cœur, a-t-il droit aux mêmes garanties que le déposant, le mandant, le locateur qui obéissent à une irrésistible nécessité? Ne fallait-il pas craindre d'excéder les limites d'une sévérité raisonnable en traitant avec tant de rigueur un rapport auquel la bienveillance seule a donné lieu, et qu'elle ne doit pas abandonner alors même que l'une des parties ne s'en rend plus digne?

92. Quant aux tiers entre les mains desquels la chose est passée [2], c'est l'art. 2279 qui fait loi; et l'on n'assimilera pas la chose ainsi détournée à la chose volée, dont la revendication est autorisée pendant trois ans. J'ai dit dans mon commentaire *de la Prescription* pourquoi cette comparaison serait fautive [3].

93. Si l'emprunteur n'est pas passible des peines portées par l'art. 408 du Code pénal, à plus forte raison ne peut-il être poursuivi comme voleur proprement dit.

Il en était autrement dans le droit romain [4], qui allait jusqu'à voir un vol dans le mauvais usage que l'emprunteur faisait de la chose prêtée [5]. Mais son système de rigueur a été abrogé par le droit pénal moderne [6].

94. Notre article se termine en accordant au prêteur des dommages et intérêts pour le cas où la faute de l'emprunteur lui a porté préjudice.

A ce propos, on peut se demander ce qui arriverait si le prêteur, après avoir été indemnisé de la perte de la chose prêtée, venait à la recouvrer. Paul répond qu'il devrait restituer à l'emprunteur, ou la chose, ou le prix [7].

Quid si c'est l'emprunteur qui la retrouve ensuite? peut-il obliger le prêteur à la reprendre et à lui rendre son argent? Non, il n'est pas recevable à changer un état de choses consommé par sa faute. Le prêteur a pu d'ailleurs s'être pourvu d'un autre objet destiné à remplacer celui qui s'était perdu [8].

95. Les articles qui suivent l'art. 1880 ne sont que des corollaires des deux grandes obligations imposées à l'emprunteur, à savoir, de garder et conserver la chose en bon père de famille, et de la rendre au prêteur en bon état et avec ses accessoires [9]. L'interprétation de ces articles paraîtra plus simple en se pénétrant des principes dont nous venons de donner ici l'exposition. Nous allons passer au commentaire de ces dispositions importantes, qui complètent la théorie des engagements de l'emprunteur. Mais, auparavant, nous ferons remarquer que, pour donner une sanction à ces mêmes engagements, la loi accorde au prêteur une action que les Romains appelaient *commodati*, et qui correspond à chacun des droits comme à chacun des devoirs du prêteur et de l'emprunteur.

Cette action, en tant qu'elle a pour objet la restitution de la chose prêtée, est imprescriptible, en ce sens que l'emprunteur qui possède la chose ne peut se prévaloir du délai de trente ans pour se dispenser de la rendre [10]; car il ne la détient qu'à un titre

[1] Paul, l. 17, § 3, Dig., *Comm.* : « *Voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare.* »
[2] Hilliger, *sur Doneau*, 14, 11, note 5.
[3] N° 1070.
[4] Paul, l. 40, Dig., *de furtis*. — Ulpien, l. 5, § 8, Dig., *commod.* — Justinien, Inst., *de obligat. quæ ex delicto*, § 6.
[5] *Infra*, n° 100.
[6] Merlin, *Répert.*, v° *Vol*, sect. 1.
[7] L. 17, § 5, Dig., *comm.* — Cujas, lib. 29, *Pauli ad edict.* — Pothier, n° 85.
[8] Pothier, n° 68.
[9] L. 38, § 10, Dig., *de usuris*. *Infra*, n° 105.
[10] Pothier, n° 47.

précaire qui milite perpétuellement contre lui [1].

Mais si la chose prêtée n'est plus dans les mains de l'emprunteur ou de ses héritiers, l'action du prêteur est sujette à la prescription ordinaire de trente ans, qui fait supposer que la restitution a eu lieu.

Il en est de même dans le cas où l'action a pour objet la réparation d'une faute par des dommages et intérêts [2].

Historiquement, on peut se demander si à Rome cette action était du droit civil ou bien du droit prétorien.

Les interprètes n'avaient pas manqué d'agiter cette question, qui, à leur point de vue, n'était pas sans gravité.

Accurse enseignait qu'elle était de droit civil, d'après la loi 17, § 3, Dig., *commod.* [3], et malgré le texte de la loi 1 Dig. du même titre [4].

Le président Favre, au contraire, soutenait qu'elle procédait du droit honoraire [5]. Il insistait avec force sur ces solennelles paroles de l'édit du préteur : *Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo* [5]; et, partant de là, il soutenait qu'avant l'édit du préteur, il pouvait bien y avoir l'action *in factum* [6], mais non l'action *commodati.*

Je crois que cet illustre magistrat est tombé ici dans une erreur grave d'interprétation. En thèse générale, l'action *præscriptis verbis* et l'action *in factum* ne découlaient que des contrats innomés. C'est ce qu'enseignent avec raison Bartole et Cujas, que Favre cherche vainement à réfuter; et il eût été singulier que le commodat, contrat portant un nom spécifique, n'engendrât pas une action nommée, une action civile. La vérité est, à mon avis, que l'action *commodati* prenait son origine dans les entrailles du droit civil; mais le préteur l'ayant trouvée trop étroite, trop asservie à la rigueur des mots, la prit sous sa protection pour l'élargir et la rendre plus accessible à l'équité. C'est ce qui a fait dire à la plupart des interprètes, que Favre combat à tort : « *Actionem commodati approbatione tantum esse prætoriam sed originem civilem.* »

ARTICLE 1881.

Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée même par cas fortuit.

SOMMAIRE.

96. L'art. 1881 est un corollaire de l'art. 1886.
97. L'emprunteur ne doit pas employer la chose à un autre usage.
98. A moins qu'il ne résulte des circonstances que le prêteur aurait autorisé cet autre usage.
99. L'usage frauduleux de la chose prêtée était considéré comme un vol chez les Romains. — Exemples célèbres.
100. Mais ce droit a été abrogé chez les nations modernes. L'emprunteur n'est passible que de dommages et intérêts. — Il est aussi responsable de la force majeure qui a fait périr la chose pendant cet emploi excessif.
101. Exception à ceci dans le cas de l'art. 1302, Code civ.
102. L'emprunteur ne doit pas garder la chose plus longtemps que l'époque convenue. — S'il le fait, il est passible de dommages et intérêts.
103. A moins que le prêteur ne soit censé avoir autorisé un délai plus long.
104. Suite.
105. Mais quand la prorogation implicite n'existe pas, l'art. 1881 opère de plein droit. Exception à l'article 1139.
106. A qui doit se faire la restitution? *Quid* quand le prêteur n'était pas propriétaire de la chose prêtée?
   Du cas où le propriétaire fait redemander la chose, et de la remise faite à son commissionnaire.
107. Du cas où le prêteur est un mineur.

---

[1] Mon commentaire des art. 2236 et 2237, Code civ. au titre *de la Prescription*.
[2] Dunod, part. 1, ch. 12, page 101.
[3] Paul.
[4] Ulpien.
[5] Sur la loi 1, Dig., *comm.*
[6] Ulpien, loi précitée.
[7] L. 17, Dig., *præscript. verbis.* — L. 7, Dig., *de pactis.*

108. Du lieu où doit se faire la restitution.
109. Suite.
110. De la personne chargée par l'emprunteur de la restitution. L'emprunteur en répond.
111. Suite. Examen d'un cas délicat posé par les civilistes et les canonistes.
112. Le messager n'est pas responsable de la force majeure.

COMMENTAIRE.

96. Cet article roule sur deux des devoirs de l'emprunteur. Il lui défend : 1° d'employer la chose à un autre usage ; 2° de la garder un temps plus long qu'il ne doit. S'il contrevient à cette défense, il est responsable de la force majeure qui fait périr la chose, sans préjudice d'une action en dommages et intérêts s'il y a lieu. Telle est la pensée de notre article : hâtons-nous de la développer.

97. Et d'abord l'emprunteur ne doit pas employer la chose à un autre usage que celui auquel la chose est destinée par sa nature ou par la convention; autrement, il irait contre la volonté du prêteur et contre la loi du contrat, qui sont censés avoir prohibé tout ce qui détournerait cette chose de sa destination. Il commettrait une faute grave [1].

Ainsi, j'ai un cheval de selle que vous m'empruntez pour faire une promenade, et vous vous permettez de l'atteler à votre voiture ou de le faire labourer : il y a là un manquement à la foi promise [2]. Ou bien, je vous ai prêté mon cheval pour aller à Saint-Cloud et vous le conduisez jusqu'à Versailles : vous transgressez la convention et vous vous constituez en état de faute [3].

98. Quand cependant il résulte des circonstances que le prêteur aurait autorisé cet autre usage s'il en eût été informé, la faute cesse et il faut déposer toute rigueur. Ainsi le décide Pomponius [4] avec un sentiment d'équité et une finesse de raison remarquables « *Commodati an teneatur? in culpa* » *æstimatio erit, id est, an non debuerit existimare id dominum permissurum* [5]. »

En reproduisant cette décision dans son ouvrage, Pothier n'a pas indiqué la source où il l'a puisée [6] ; c'est probablement parce qu'il l'a présentée ainsi dépouillée d'autorités qu'on en a contesté le mérite [7]. On a dit que, sous le Code civil, on se trouve en présence de l'art. 1881, qui est général et ne rappelle pas la limitation de Pothier. Comme si le Code civil avait voulu et pu entrer dans le détail de tous les faits particuliers qui peuvent rendre un principe inapplicable à telle ou telle espèce ! comme si ce même Code, siége de l'équité, avait voulu se montrer plus ami du droit strict que le droit romain ! Comme si enfin, quand l'article 1881 parle d'un autre usage que l'usage *convenu*, il n'autorisait pas à tenir compte d'une appréciation d'intention nécessaire pour connaître la portée de la convention.

99. Dans le droit romain, on regardait d'un œil sévère celui qui excédait l'usage assigné à la chose prêtée. Valère Maxime raconte qu'un particulier ayant emprunté un cheval pour aller à Aricie, et s'en étant servi pour passer la colline située au delà de cette ville, fut condamné comme voleur : *furti damnatus est* [8]. Et voici, à ce sujet, ce que nous apprend Aulu-Gelle, dans un passage curieux [9] : « Labéon, dans le deuxième » livre de son *Traité sur la loi des Douze* » *Tables*, nous fait connaître plusieurs décisions extrêmement sévères des anciens » Romains sur le vol. Au rapport de cet auteur, Brutus avait coutume de dire qu'on » encourait les peines du vol (*furti damnatum esse*) lorsqu'on avait fait faire à un » cheval une autre route que celle dont on » était convenu en le recevant, ou lorsqu'on » l'avait fait marcher au delà du terme fixé » d'avance : *Item qui longius produxerat*, » *quam quem in locum petierat*. C'est pourquoi Scævola, dans le seizième livre de » son ouvrage sur le droit civil (*De jure* » *civili*), décide : Il y a peine de vol pour » l'homme qui use d'un dépôt qu'on lui a

[1] Noodt, *Comm.*
[2] Ulp., l. 5, § 8, Dig., *comm.*
[3] Valère Maxime, liv. 8, c. 2, § 4. — Aulu-Gelle, liv. 7, c. 15.
[4] Pomponius, l. 76, Dig., *de furtis*. Dans les deux textes qui suivent il ne s'agit plus de l'action *commodati*, il s'agit de l'action de *vol*, ce qui est fort différent. — Caius, 3, *comm.* 197. — Justin., Inst., *de oblig. quæ ex delict.*, § 7. Ces décisions remontent au principe de la loi 46, § 7, Dig., *de furtis*, qui est d'Ulpien.
[5] Favre, sur la loi 5, § 8, Dig., *comm.*
[6] N° 21.
[7] Duranton, t. 17, n° 518.
[8] Lib. 8, tit. 2, n° 4.
[9] Lib. 7, c. 15.

» donné en garde, ou qui emploie une chose » à un usage différent de celui pour lequel » il l'a reçue. »

En effet, les textes du droit romain qualifient de vol l'usage frauduleux de la chose prêtée [1]. Le vol ne tombait pas à la vérité, sur la chose même, mais il tombait sur l'usage qu'on en faisait : « *Contrectatio fraudulosa vel* » *rei, vel etiam usus ejus, vel possessionis* [2]. »

100. Pothier a essayé de transporter ces idées dans notre droit français [3]. Je ne reconnais pas ici son discernement ordinaire. Toute cette théorie du droit romain a été abrogée par le droit des nations modernes [4]. Nous nous contentons de déclarer l'emprunteur en faute; ce qui conduit à deux conséquences :

La première, que l'emprunteur qui a transgressé la loi du contrat est passible, s'il y a lieu, de dommages et intérêts ;

La seconde, qu'il est responsable de la perte arrivée par force majeure pendant l'exercice de cet usage illégitime [5] : c'est ce que décide notre article, d'accord avec l'art. 1302 du Code civ.

101. Toutefois, si la force majeure eût aussi bien frappé la chose alors qu'elle n'aurait pas été détournée de son usage légitime, la perte ne devrait pas être imputée à l'emprunteur [6]. Il est vrai que l'art. 1881 ne s'en explique pas. Mais l'art. 1302, qui organise avec détail les principes relatifs à la perte de la chose, le décide expressément, et il est la règle générale à laquelle il faut en revenir. Ainsi, je vous prête un cheval pour aller à Villejuif, et vous allez à Saint-Denis; en chemin, le cheval est atteint d'une tranchée rouge, dont il meurt : vous ne devez pas en payer la valeur, et la perte retombe sur moi [7].

102. Non-seulement l'emprunteur ne doit se servir de la chose que pour l'usage convenu, il ne doit pas non plus la garder plus longtemps que l'époque fixée ou sous-entendue par le contrat. S'il la retient au delà de ce terme, on lui appliquera tout ce que nous venons de dire et de la peine encourue pour un usage détourné, et des circonstances d'excuse qui la rendent inapplicable [8].

103. C'est pourquoi, s'il était constant que le prêteur n'aurait fait aucune difficulté d'autoriser un usage plus long, on aura la même indulgence que dans le cas exposé au n° 98.

104. A cela revient cette opinion exprimée par Pothier sur le cas suivant : « Quoi» que régulièrement l'emprunteur ne puisse » retenir la chose au delà du temps pour » lequel elle lui a été prêtée, néanmoins, s'il » en avait besoin encore quelques jours » pour l'usage convenu et que le prêteur » ne souffrît aucun préjudice du retard, le » prêteur devrait lui laisser la chose encore » pendant ce temps [9]. »

On doit supposer en effet que l'amitié qui a déterminé le prêteur à faire le prêt doit le déterminer à le prolonger dans un cas de nécessité donnée.

105. A part ces circonstances, la restitution doit se faire avec tous les accessoires de la chose [10], soit au terme convenu [11], soit, à défaut de convention, après que la chose a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée [12]. L'expiration du terme met l'emprunteur en demeure de plein droit. L'art. 1139 du Code civ. reçoit ici une notable exception.

106. La restitution doit se faire au prêteur, ou à son représentant légitime [13].

Je dis au prêteur. D'où il suit que l'emprunteur n'élèvera pas de difficultés sous prétexte que celui qui lui a prêté la chose n'en était pas propriétaire [14]. Il devra la rendre à ce dernier, qui, étant tenu lui-même à la restitution envers le véritable propriétaire, doit être mis à même de remplir son obligation.

Toutefois, si l'emprunteur a découvert que la chose a été volée, il doit donner avis

[1] Paul, l. 40, Dig., *de furtis*. — Ulpien, l. 5, § 8, Dig., *comm.* — Caius, 3, comm. 197. — Justinien, Inst., *de oblig. quæ ex delicto*, § 7.

[2] L. 1, § *fin.*, Dig., *de furtis*.

[3] *Prêt*, n° 22.

[4] Vinnius, *Inst.*, lib. 4, tit. 1, § 6.—Voet, *ad Pand.*, *de furtis*, n° 15. — Groeneweghen, *De legibus abrogatis*. — Voyez encore d'autres auteurs cités par Merlin, *Repert.*, v° *Vol*, page 704, §. 1.

[5] Pothier, n° 38.

[6] Arg. de ce que dit Pothier, n° 60.

[7] Delvincourt, t. 3, notes, page 317. — Duranton, t. 17, n° 32.—Duvergier, n° 64, a relevé avec raison quelques propositions inexactes de Duranton.

[8] Nos 97, 98, 99, 100 et 101.

[9] N° 28.

[10] L. 38, § 10, Dig., *de usuris*.—Pothier, n° 75.

[11] Ulpien, l. 5, Dig., *comm.*

[12] Texte de l'art. 1882 et de l'art. 1888.

[13] Pothier, nos 29 et suiv.

[14] *Supra*, n° 38.

du prêt au véritable propriétaire et le sommer de réclamer la chose dans un délai donné. — S'il néglige de donner cet avertissement, il sera responsable de la restitution qu'il aura faite à l'auteur du vol. — Mais si le propriétaire dûment averti ne réclame pas dans le délai indiqué, la restitution faite à l'auteur du vol ne sera pas susceptible de critique [1].

J'ai dit que la restitution doit se faire au prêteur ou à son représentant légitime. Ainsi l'emprunteur ne confondra pas celui qui est envoyé par le prêteur pour donner avis de rendre la chose, avec celui qui a pouvoir de la recevoir [2]. La restitution imprudemment faite au premier laisserait la chose aux risques de l'emprunteur. Celui-ci ne doit rendre la chose qu'à celui qui a un mandat pour la recevoir. On considère facilement comme mandataire la personne qui se présente au nom du prêteur et qui a l'habitude de faire pour lui de semblables commissions [3].

Si, depuis le prêt, le prêteur a été interdit, c'est à son tuteur que la restitution doit être faite.

107. Si la chose prêtée appartient à un mineur, on use d'une distinction : ou la chose est de celles que les personnes ayant autorité sur lui ont laissées à son usage, ou elle ne l'est pas. Dans le premier cas, la restitution de la chose qu'il a prêtée peut être faite entre ses mains, sans qu'on objecte la maxime : *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest* [4]. Car le tuteur, en lui en laissant l'usage, a virtuellement consenti à ce qu'il la prêtât, et par conséquent à ce que la restitution ne suivît pas les formes ordinaires. Dans le second cas, on se conforme au droit commun, et la restitution doit être faite au tuteur [5].

108. La chose prêtée doit être rendue au lieu convenu [6], sinon au domicile du prêteur [7], ou au lieu où la chose est habituellement placée [8]. La règle est que le prêteur a rendu un service, et que l'emprunteur doit s'arranger de manière à ne pas lui rendre la restitution onéreuse et gênante.

109. Il ne faudrait pas cependant pousser cette idée trop loin; car il y a de part et d'autre des tempéraments recommandés par l'équité.

Si, par exemple, le prêteur avait transféré son domicile dans un lieu fort éloigné de celui où la chose a été prêtée, et où l'emprunteur a eu juste sujet de croire que la restitution devait se faire, le prêteur aurait mauvaise grâce à exiger que la chose vînt le trouver dans ce nouveau domicile. De ce qu'il a rendu un service à l'emprunteur, il ne s'ensuit pas qu'il puisse, par son fait, aggraver sa position et lui imposer des charges imprévues [9].

110. L'emprunteur est responsable de la personne qu'il a choisie pour faire la restitution. Cette personne, par son incapacité ou son infidélité, a-t-elle rendu la restitution impossible ou non satisfactoire, l'emprunteur est tenu de son fait par l'action *commodati* [10]. Il doit s'imputer de n'avoir pas choisi une personne *satis idoneam* [11]; et, comme disent les interprètes, il est *in culpa malæ electionis* [12].

111. Mais si la personne chargée de la restitution est une personne tellement renommée pour sa prudence et sa diligence que l'emprunteur a eu juste sujet de se confier à elle, faudra-t-il qu'il soit responsable de la perte arrivée par une surprise à laquelle cette personne s'est laissée aller?

Écoutons Julianus [13] :

« Vous m'avez prêté de l'argenterie et je » vous la renvoie par un de mes esclaves, si » avisé et si prudent que je n'ai pas à » craindre qu'il se laisse surprendre en » route par les filons : *ut a quibusdam malis hominibus deciperetur*. Si cependant il » tombe dans leurs embûches, la perte sera » pour vous et non pour moi [14]. »

Les interprètes, civilistes ou canonistes, disent [15] : Peu importe que cet esclave se soit laissé tromper par sa facilité ou son im-

[1] Arg. de l'art. 1938. — Pothier, *Prêt*, n° 46.
[2] Ulpien. l. 12, Dig., *comm.* — Pothier, n° 41.
[3] Despeisses, *Commodat*, § 4.
[4] L. 15, Dig., *de solut.*
[5] Pothier, n° 35.
[6] Ulpien, l. 5, Dig., *comm.*
[7] Pothier, n° 36.
[8] *Id.*
[9] Pothier, n° 37.
[10] Ulpien, l. 10, § 2, Dig., *comm.* — Paul, l. 11, Dig., *comm.*
[11] Favre, *Ration.* sur ces lois.
[12] *Id.*, Bartole, *sur la loi* 14 et Dig., *de fidejuss.*
[13] L. 20, Dig., *commod.*
[14] Pothier, n° 33.
[15] Cujas, sur cette loi (dans son commentaire sur le livre 3 de Julianus *Ad Urseium ferocem*). — Favre, *Ration. ad leg.* 20, Dig., *comm.* — Conan, *Commod.*, lib. 7, c. 3, n° 10.

prudence [1]. L'emprunteur, qui ne pouvait rapporter l'argenterie lui-même, a fait le choix d'un serviteur réputé capable, diligent, exact, et cela, pour faire une commission qui était dans l'intérêt du prêteur; de telle sorte qu'on peut dire que si ce dernier n'a pas été la cause directe du vol, il en a été le principe et l'occasion [2]! Quelle faute donc reprocherait-on à l'emprunteur? Dira-t-on qu'il est tombé *in culpa malæ electionis?* Nullement, puisque son choix s'est porté sur un commissionnaire dont la diligence habituelle lui offrait toute garantie. S'il s'est trompé, c'est un malheur, une sorte de force majeure qui doit retomber sur le prêteur. Quant à lui, il a fait tout ce qu'il devait faire; il est sauvé par l'opinion qu'il a eu juste sujet d'avoir de l'expérience de son messager : *Plus est in opinione quam in veritate* [3].

Assurément, c'est là raisonner avec habileté, et l'on ne saurait donner à une opinion une couleur plus séduisante. Mais, d'abord, peut-on dire, avec Conan, que le prêteur a donné occasion au vol, puisque la commission se faisait dans son intérêt? Est-ce que la chose prêtée n'est pas sous la responsabilité de l'emprunteur tant qu'elle n'est pas rendue au lieu convenu ou convenable? Si l'emprunteur était venu lui-même faire la restitution, n'est-il pas vrai que son imprudence à se laisser surprendre serait retombée sur lui? A cela, point de doute, et Conan en convient franchement. Eh bien, son serviteur, qui fait la commission pour lui et non pour le prêteur, qui le remplace en un mot, commettra-t-il des fautes dont la responsabilité tombera sur le prêteur? Comment concilier une telle idée avec le principe que la chose reste sous la garde et la responsabilité de l'emprunteur tant que la restitution n'est pas faite? Comment la concilier, surtout, avec l'art. 1384 du Code civil? Le texte de cet article est clair, formel, absolu. Et quant à l'équité, est-elle bien du côté de l'emprunteur? Voilà une perte arrivée, et il faut de toute nécessité une victime. Est-il juste de la faire retomber sur celui qui est étranger au choix du mandataire par la faute duquel la perte est arrivée, et d'en affranchir la personne à laquelle remonte ce choix [4]?

Toutefois, je reconnais qu'il faudrait décider autrement si le prêteur avait dit ou écrit à l'emprunteur : « Renvoyez-moi mon » argenterie par votre domestique, ou par » un de vos domestiques. » Dans ce cas, le choix de l'homme serait en quelque sorte le fait du prêteur, je ne serais pas étonné que la solution de Julianus appartînt à cette espèce.

112. Mais toute controverse cesserait si le messager avait été victime d'un vol à force ouverte et d'une force majeure bien constante.

ARTICLE 1882.

Si la chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

SOMMAIRE.

113. La chose prêtée doit être tenue par l'emprunteur comme la plus précieuse de son patrimoine.

114. De là deux obligations spécifiées par l'art. 1882 :
Employer sa propre chose pour sauver la chose prêtée.
La sacrifier même si cela est nécessaire.

115. Ces deux obligations ne découlent pas de l'obligation de l'emprunteur d'apporter à la garde de la chose prêtée une diligence très-exacte et superlative.

116. Critique adressée par Barbeyrac à la disposition du droit qui demande à l'emprunteur le sacrifice de son propre intérêt. Défense du principe consacré par l'art. 1882.

117. Suite.

118. Suite.

---

(1) Favre : « *Quod per hujusmodi servi sive facilitatem sive imprudentiam contigit.* »

(2) Conan : « Nec ea argenti prælatio sua ipsius gratia » fierat, sed domini ad quem id remittebat; ut videatur » dominus, furti non causam quidem, sed principium et » occasionem dedisse. »

(3) L. 21, Dig. *de rei vindic.*—L. 15, Dig. *de acq. hæred.*

(4) *Junge* Duvergier, nº 85.

COMMENTAIRE.

113. L'emprunteur est astreint à la diligence du bon père de famille; il doit tenir la chose prêtée comme la plus précieuse qu'un bon père de famille ait dans son patrimoine. C'est pourquoi, dans un cas de force majeure, c'est la dernière qu'il puisse sacrifier. S'il aime mieux sauver la sienne propre, il manque à la reconnaissance; il y manque encore si, dans un péril dont il aurait pu garantir la chose prêtée en employant la sienne propre, il ne le fait pas dans la crainte égoïste d'exposer ce qui lui appartient.

114. Ainsi, deux obligations dans l'article 1882 ;

Employer exprès sa chose, s'il le faut, pour sauver la chose prêtée.

La sacrifier même, si cela est nécessaire, *pour* arriver à ce résultat [1].

Et ces deux obligations sont le corollaire de cette pensée, savoir, que l'emprunteur doit considérer la chose prêtée comme la plus précieuse de son patrimoine.

115. Beaucoup de jurisconsultes ont rattaché cette obligation de l'emprunteur à la diligence très-exacte dont ils le croient tenu [2]. C'est, à mon sens, un faux aperçu. La preuve en est que le texte du droit romain dans lequel cette obligation est proclamée est emprunté aux écrits d'Ulpien [3], lequel n'a jamais exigé du commodataire le superlatif de la vigilance [4]. Qu'est-il besoin, d'ailleurs, de recourir à la théorie de la faute très-légère pour expliquer un devoir que l'on trouve si naturellement dans ce sentiment de reconnaissance qui place la chose prêtée au rang de la plus précieuse de toutes celles que l'on possède? Aussi, loin de rien trouver ici qui me ramène à la faute très-légère, je suis presque tenté de dire, avec le président Favre, que l'emprunteur qui sauve sa chose de préférence à la chose prêtée est coupable de mauvaise foi : « *Ergo si commodatarius, cum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit, teneri* » *eo nomine actione commodati debet, non* » *quasi ex culpa, sed quasi ex dolo* [5]. »

116. Au surplus, si cette accusation de mauvaise foi était par hasard exagérée, du moins aurait-elle son excuse dans une louable pensée d'aversion pour tout ce qui mêlerait un calcul d'égoïsme à des rapports où l'affection et la reconnaissance doivent dominer.

Mais voici un autre écart d'un genre différent, et celui-ci ne mérite pas la même indulgence ; c'est à Barbeyrac que je le reproche, et je ne puis le lui pardonner. Cet annotateur de Puffendorf pense, en effet, que la jurisprudence s'est écartée des règles de la raison naturelle quand elle a demandé à l'emprunteur le sacrifice de son propre intérêt : « Quand le soin de notre propre » bien, dit-il, ou de nos affaires se trouve » en concurrence avec le soin du bien ou » des affaires d'autrui, en sorte que l'on ne » puisse pas vaquer en même temps à l'un et » à l'autre, il est naturel que le premier » l'emporte ; chacun pouvant, toutes choses » d'ailleurs égales, penser à soi plutôt qu'aux » autres [6]. » Puis, Barbeyrac conclut [7] qu'il y a véritablement force majeure dans l'impossibilité de sauver la chose empruntée sans sacrifier son propre bien ; que, dès lors, la responsabilité imposée à l'emprunteur n'est pas conforme au droit naturel, et qu'elle ne peut s'expliquer que par une volonté arbitraire des jurisconsultes romains.

Ces raisonnements sont faux : ils mettent l'égoïsme là où la reconnaissance doit l'emporter ; ils donnent à la morale de l'intérêt une extension mauvaise.

Sans doute, dans les cas ordinaires, rien n'oblige à oublier le salut de son propre intérêt, pour venir au secours de l'intérêt d'autrui qui court les mêmes dangers. Ni la morale, ni la religion, ne commandent un

[1] Ulp., l. 3, § 4, Dig., *comm.* — Paul, *Sent.*, lib. 2, tit. 4, nº 2. — Paul dit : « *Si facto incendio, ruina, nau-* » *fragio, aut quo alio simili casu res commodata amissa* » *sit, non tenebitur eo nomine is cui commodata est ; nisi* » *forte cum posset rem commodatam salvam facere, suam* » *prætulit.* »

Voici le langage d'Ulpien : « ... *Si incendio, vel ruina* » *aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tene-* » *bitur. Nisi forte cum possit res commodatas salvas* » *facere, suas prætulit.* »

[2] Mon *Commentaire de la vente*, t. 1, nº 386, où je combats Proudhon. — Pothier, nº 56. — Le tribun Albisson (Fenet, t. 14, p. 468).

[3] L. 3, § 4, Dig., *comm.*

[4] *Supra*, nº 72.

[5] Sur la loi 3, § 4, Dig., *comm.*

[6] Liv. 5, chap. 4, note 2.

[7] Note 8.

sacrifice trop pénible pour la nature humaine. Mais nous sommes ici dans une position particulière et exceptionnelle. Vous êtes venu me demander de vous prêter ma chose: je m'en suis privé pour vous obliger, et peut-être que si je l'avais gardée près de moi, elle n'aurait pas été exposée aux périls qu'elle a trouvés chez vous. Eh bien, dans ce danger qui menace et votre chose et celle que vous tenez de moi, il arrive que vous ne pouvez sauver que l'une des deux, et que c'est précisément la mienne que vous sacrifiez! Est-ce qu'un sentiment invincible de justice ne vous disait pas que c'est elle, au contraire, que vous deviez sauver; elle qui n'encourt le péril qu'à cause de vous; elle auprès de qui vous étiez mon représentant; elle que par reconnaissance et par devoir vous deviez mettre au rang de ce que vous avez de plus précieux? N'est-il pas vrai que vous avez dans votre patrimoine des choses dont vous faites plus ou moins de cas, et dont la perte vous importe plus ou moins? Eh bien, la chose prêtée est celle dont vous devez faire le plus de cas et dont la perte doit vous importer le plus! Pourquoi? Précisément parce qu'elle n'est pas à vous! parce que vous la tenez d'un sentiment de bonté auquel vous devez répondre par la reconnaissauce; parce que la gratitude doit vous attacher à elle plus que l'intérêt ne vous attache aux vôtres! Voilà la morale naturelle; le reste est du sophisme.

117. D'autres ont dit: Eh bien, soit. Mais du moins ne faut-il pas faire une exception pour le cas où l'emprunteur, placé entre sa chose qui avait une grande valeur, et la chose empruntée qui n'en avait qu'une médiocre, a donné la préférence à la première?

Cette distinction est condamnée par Pothier [1], Voet [2], et plusieurs autres cités par ce dernier. Je la repousse également sous le Code civil, non pas parce que l'emprunteur est tenu de la faute très-légère, comme le dit Pothier, mais par d'autres raisons: d'abord parce que notre article se refuse, par la précision de son texte, à des distinctions de cette nature; en second lieu, parce que l'emprunteur ne peut réellement pas articuler le fait de force majeure, *vis major cui resisti non potest*, puisqu'il aurait pu sauver la chose s'il l'avait voulu; en troisième lieu, parce qu'en préférant sa chose à la chose prêtée, il a manqué à la convention sous-entendue dans le prêt et d'après laquelle il s'est engagé à tenir l'objet prêté pour le plus précieux de son patrimoine [3].

Je sais qu'il aurait pu paraître dur à l'emprunteur de laisser périr ses papiers de famille, sa correspondance, le portrait d'une personne chérie qui n'est plus, plutôt qu'une paire de flambeaux prêtés, ou autres objets de cette nature faciles à remplacer. Qui n'en aurait fait autant que lui? Mais n'oublions pas cependant que la convention est là; qu'elle oblige l'emprunteur par les liens les plus étroits, et qu'il ne peut s'en dégager qu'en indemnisant celui qui lui a rendu service.

118. Au surplus, si dans le tumulte il n'avait pas été possible de faire un choix, et qu'on n'eût pu sauver les effets qu'au hasard et comme ils se présentaient sous la main, l'emprunteur serait à l'abri du reproche de préférence injuste. Le prêteur ne pourrait se plaindre si les objets prêtés avaient péri tandis que d'autres auraient échappé. La loi a voulu punir l'égoïsme, et non pas rendre l'emprunteur responsable d'un hasard [4].

ARTICLE 1883.

Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.

SOMMAIRE.

119. Opinion du tribun Albisson sur l'art. 1883 comparée à la loi romaine.

120. Examen de la loi romaine. Son obscurité prétendue. Sens que lui donne le président Favre.

---

[1] N° 56.
[2] Ad Pand., *Commod.*, n° 4.
[3] *Contra*, Duranton, t. 17, n° 527, et Duvergier, n°s 67 et 68. — [4] Pothier, n° 56.

121. Critique de l'art. 1883. La convention des parties peut remédier aux inconvénients de cette disposition hasardée.

122. Erreur reprochée au tribun Albisson dans son interprétation de l'art. 1883.

COMMENTAIRE.

119. « D'anciens jurisconsultes, a-t-on dit » dans les travaux préparatoires du Code » civil, s'opiniâtrant à expliquer le texte » obscur et embarrassé d'une loi romaine, » ont professé une opinion contraire à celle » que l'art. 1883 érige en loi. Ils auraient » à coup sûr embrassé ce dernier sentiment » s'ils n'eussent consulté que les lumières » de la raison [1] : c'est celui qui a prévalu » dans la loi sur le contrat de mariage [2]. »

Cette manière de juger l'art. 1883 peut être l'objet de plus d'un dissentiment, et j'avoue que cet article ne m'apparaît pas sous un jour aussi favorable.

120. Voyons d'abord la loi romaine; c'est Ulpien qui parle :

« Et si forte res æstimata data sit, omne » periculum præstandum ab eo *qui æstima-* » *tionem se præstaturum recepit* [3]. »

Ce texte a fort tourmenté les interprètes, et chacun a cherché à lui donner un sens favorable à une opinion préconçue [4].

On a discuté sur le sens du mot *periculum*, et sur la liaison de ce texte avec des textes précédents.

Au milieu de tous ces commentaires, j'ai trouvé une observation du président Favre qui m'a frappé [5]; s'emparant de ces derniers mots, *ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit*, ce jurisconsulte fait remarquer qu'ici l'emprunteur n'avait pas seulement reçu une chose estimée, mais qu'il s'était engagé à rendre, non la chose même, mais l'estimation. Notez bien la portée de ceci. L'emprunteur n'est pas dans les termes d'un prêt ordinaire. Il n'est pas en son pouvoir de rendre la chose prêtée, alors même qu'elle serait intacte. Il doit rendre la valeur telle qu'elle a été fixée par l'estimation. De là il suit que, dans l'intention des parties, le domaine de la chose était transféré. Et certes alors il ne faut pas s'étonner si Ulpien a rendu l'emprunteur responsable de la perte arrivée par cas fortuit. Mais c'est là une espèce toute particulière. La convention a faussé les règles ordinaires du prêt. On se trouve dans une exception.

Si tel est le sens de la loi romaine, comment se fait-il que notre article soit allé la prendre comme base de sa disposition ? Pourquoi a-t-il transformé en règle générale une décision de fait, influencée et déterminée par des circonstances toutes spéciales?

121. Mais du moins la raison vient-elle en aide aux rédacteurs de l'art. 1883, comme nous les avons vus s'en flatter?

A cet égard, des doutes sérieux remplissent mon esprit.

En thèse ordinaire, la chose périt pour le maître, et il faut une convention bien claire pour faire passer sur un autre que lui la responsabilité des accidents de force majeure auxquels elle est exposée [6]. Or, la seule estimation donnée à la chose prêtée contient-elle virtuellement cette convention exorbitante? Est-ce donc un principe de droit invariable et perpétuel, que l'estimation faite d'une chose suffit pour transférer le péril d'une tête sur l'une autre [7]? Non certes. Comme je l'ai dit ailleurs [8], l'estimation n'entraîne des résultats si excessifs que lorsqu'elle ne peut pas s'expliquer autrement [9]. Mais lorsque l'estimation trouve sa raison dans d'autres motifs, lorsqu'on peut supposer que les parties n'ont eu en vue que de fixer la somme à payer dans le cas de détérioration ou de perte par la faute de l'emprunteur [10], pourquoi donner tant d'empire à une règle qui heurte la nature du contrat de prêt? Comment ne pas voir

---

[1] Discours de Boutteville, tribun (Fenet, t. 14, p. 459).

[2] Le tribun Albisson (Fenet, t. 14, p. 468). Il cite la loi 5, § 2, Dig., *de æstimat.*; art. 1551, Code civ.

[3] L. 5, § 3, Dig., *comm.*

[4] Accurse, Bartole, Domat, pensent qu'Ulpien a voulu parler de la force majeure. Au contraire, Pa-normo, Brunnemann et Pothier pensent qu'il n'a voulu parler que de la perte arrivée par une faute. *Voy.* Pothier, n° 62.

[5] *Ration*, ad Pand, à la fin du commentaire de cette loi.

[6] Diocl. et Maxim, l. 1, C. *commod.*

[7] Ce principe, vrai quelquefois, est tiré des lois 5 Dig., *loc. cond.*, et 5 Dig., *de jure dotium.*

[8] Mon *Comment. du louage*, n° 1076.

[9] Art. 1551 Code civ. et 1851 *id.*; mon *Comment. de la société*, t. 2, n° 595.

[10] Pothier, n° 62, l. 21, C. *de jure dotium.*

que l'intention des parties s'explique naturellement sans recourir à une supposition qui introduit dans le contrat une anomalie et une énormité? Pourquoi ne pas imiter l'art. 1805 du Code civ., et un grand nombre de lois romaines [1], qui ont été entraînées invinciblement à décider que l'estimation, à moins d'une volonté manifeste contraire, est censée avoir été faite *intertrimenti causa duntaxat* [2]. Est-ce que le commodat n'a pas plus de rapport avec l'article 1805 qu'avec l'art. 1551, cité par l'orateur du tribunat? Est-ce que ce contrat, malgré l'estimation, ne reste pas un véritable prêt à usage, dont la nature, étant de ne pas transformer la propriété, laisse la force majeure au compte du propriétaire?

Quoi qu'il en soit, la loi existe, nous devons nous y conformer. Les parties qui voudront laisser le prêteur responsable des cas fortuits auront soin de s'en expliquer, afin que l'estimation ne soit pas tournée contre l'emprunteur au mépris de leur intention.

122. Du reste, l'estimation n'a d'effet que pour le cas de perte ou de détérioration de la chose, et l'on peut lui appliquer ce que dit l'art. 1822 du Code civ. à propos du cheptel de fer. Elle n'autorise pas l'emprunteur à rendre à son choix ou le prix, ou la chose quand cette chose existe sans détérioration. Il est débiteur de la chose [3] : *Aliud est transferri dominium, aliud transferri periculum* [4].

Il est vrai que le tribun Albisson a entendu l'art. 1883 dans le même sens que l'art. 1551 du Code civ. Mais cette erreur me paraît trop palpable pour être réfutée. La différence de rédaction entre l'art. 1883 et l'art. 1551 aurait dû avertir l'organe du tribunat qu'il allait beaucoup trop loin.

ARTICLE 1884.

Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration.

SOMMAIRE.

123. L'emprunteur n'est pas responsable de la détérioration qui a lieu par suite de l'usage naturel de la chose.
124. Exemple.
125. Suite.
126. Autre exemple.

COMMENTAIRE.

123. Le prêt a été fait pour que la chose serve à l'usage de l'emprunteur. Si cet usage occasionne quelques détériorations, le prêteur ne peut s'en plaindre, pourvu que la faute de l'emprunteur n'y ait aucune part [5], et ce dernier est libéré quand il rend la chose dans l'état où elle se trouve naturellement [6]. C'est au prêteur à s'imputer à lui-même d'avoir permis que sa chose fût employée à un usage qui devait la détériorer. Quant à l'emprunteur, qui est demeuré exempt de la négligence, rien ne peut lui être reproché. Il n'y a pas d'imputation possible là où il n'y a pas de faute, « *Generale et perpetuum est*, dit le président » Favre, *ut culpa omnino nulla sit, cui nihil* » *penitus imputari potest* [7]. »

[1] L. ult. Dig., *de æstimat.* — L. ult. Dig., *pro socio.* L. 10 et § fin Dig., *de jure dot.*; l. 17 Dig., *præscript. verbis.* — L. 21 C. *de jure dot.*

[2] Pothier, *loc. cit.*

[3] Delvincourt, t. 8, notes, p. 318 et 319. — *Junge* Duranton, t. 17, nº 533. — Duvergier, nº 72.

[4] Favre sur la loi 5, § 3, Dig., *comm.* — Arg. de l'art. 1822.

[5] Ulpien, l. 10 Dig., *commod.* — Pomponius, l. 23 Dig., *comm.* — Il faut combiner avec ces textes la loi 5, § 1, Dig., *comm.*, qui est d'Ulpien.

[6] Pothier, nºs 38 et 39.

[7] Sur la loi 10 Dig., *comm.*

124. Ainsi, par exemple, je vous prête mon cheval pour faire une course longue et fatigante; je serai mal reçu à me plaindre si vous me ramenez ce cheval moins dispos que lorsqu'il est parti. Je vous l'ai prêté sachant bien que ce voyage devait diminuer ses forces; c'était à moi de mieux calculer ce dont elles étaient capables [1].

125. Bien entendu, du reste, que vous aurez donné à la chose prêtée tous les soins convenables; que vous aurez fait reposer et panser le cheval aux heures accoutumées et dans de bons gîtes; que vous l'aurez conduit avec ménagement, etc., etc.

126. Autre exemple [2] : — Sachant que vous aimez à vous promener à cheval en compagnie de quelques amis, je vous prête mon cheval pour aller faire une course au bois de Boulogne; mais voilà qu'une des personnes de la société, ne pouvant maîtriser son cheval, vous renverse et blesse le mien. Vous serez irréprochable : un tel accident était facile à prévoir dans une réunion de plusieurs écuyers; c'est tant pis pour moi si j'ai consenti à ce que mon cheval fût placé dans une compagnie dangereuse.

ARTICLE 1885.

L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit.

SOMMAIRE.

127. L'emprunteur à commodat ne jouit pas du droit de rétention.
128. A moins qu'il n'ait fait des impenses et améliorations.
129. L'art. 1885 refuse également à l'emprunteur le droit de retenir la chose prêtée par compensation de ce qui lui est dû.
130. Suite.
131. Cas où la compensation peut être opposée.
132. Suite et dissentiment avec Delvincourt.

COMMENTAIRE.

127. Notre article refuse au commodataire le droit de rétention sur la chose prêtée. Cette disposition est tirée d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien [3]. L'obligation de restituer la chose prêtée est si étroite, que l'emprunteur ne peut se refuser à la rendre sous prétexte qu'il est créancier du prêteur [4]. C'est d'ailleurs un principe général que celui qui a prêté une somme sans exiger de gage ne peut s'en donner un *ex post facto*, et retenir de son chef la chose du débiteur, sur laquelle il n'a pas de droit réel [5].

128. Si cependant le commodataire avait fait des impenses pour améliorer ou conserver la chose prêtée, il pourrait user du droit de rétention jusqu'à concurrence de ce qui lui serait dû de ce chef. J'ai cité dans mon *Commentaire des hypothèques* les autorités sur lesquelles s'appuie cette proposition [6]; j'y ajoute ici celle de Doneau [7]. La raison en est que ces impenses créent un droit réel qui affecte la chose, et permettent de la saisir. Voet [8] n'a soutenu le contraire qu'en se fondant sur un motif de sentiment, lequel ne saurait prévaloir contre un principe de droit aussi certain et aussi raisonnable.

129. A part ce cas, non-seulement le commodataire ne peut retenir la chose prêtée

---

[1] Pomp., l. 23 Dig., *loc. cit.*
[2] Javolenus, l. ult. Dig., *ad leg. Aquiliam.*
[3] L. ult. C., *commod.*
[4] Doneau a commenté ce texte et traité ces questions (in Cod., l. ult., *Commod.*, t. 8, p. 11 et suiv.).
[5] Doneau, *loc. cit.*, n° 5. *Voy.* dans mon *Comment. des hypothèques* ma dissertation sur le droit de rétention, t. 1, n° 258
[6] *Loc. cit.*, n° 259. Notamment Vinnius, *Quæst. selectæ*, lib. 1, c. 5. — Pothier, nos 43 et 82.
[7] Sur la loi dernière au C., *commod.*, nos 6 et 7.
[8] Ad Pand., *Commod.*, n° 20. — Suivi par Duranton, t. 17, n° 538.

sous prétexte de sommes à lui dues par le prêteur, mais il ne peut opérer de compensation entre ce que lui doit le prêteur et la valeur de la chose prêtée. Par exemple, je vous prête mon cheval qui vaut 600 fr.; à l'expiration du temps convenu, vous ne me le rendez pas, et je vous actionne en justice. Or, vous, à qui je dois 600 fr., pourrez-vous demander au juge de compenser le doit et l'avoir, et de vous laisser propriétaire du cheval? Non! Commencez par rendre; sans quoi, vous me forceriez à vous faire une vente malgré moi [1]. Inutile d'ajouter que la compensation n'a lieu qu'entre créances liquides, et qu'on veut faire entrer un corps certain en balance avec une somme d'argent. Le mot compensation n'est pas pris ici dans son sens rigoureux.

130. Si le prêt consistait en choses fongibles données *ad ostentationem*, cas qui mettrait en présence des sommes liquides et où le mot de compensation se prendrait à la lettre, il faudrait encore dire que l'emprunteur ne pourrait se dispenser de rendre la chose. L'art. 1293, n° 3, du Code civ. est formel.

131. *Quid* si la chose prêtée avait péri par suite d'une faute, cas auquel le commodataire ne serait redevable que de la valeur? Dans ce cas la compensation pourrait être opposée [2]. L'emprunteur, en effet, cesse d'être redevable d'un corps certain, car ce corps certain a péri. Il n'est plus redevable que d'une somme d'argent liquide, qui par conséquent se compense avec ce que doit le prêteur.

132. Delvincourt croit cependant que l'art. 1293, n° 2, n'a été fait que pour défendre la compensation dans ce cas particulier où tous les auteurs s'accordent à l'admettre. Singulière opinion que l'auteur cherche à justifier de la manière suivante [3]: Il n'y a de compensation possible qu'entre des choses fongibles [4]. Or, le prêt à usage ne comprend pas des choses de ce genre, à moins qu'il ne soit fait *ad pompam*. Mais ce cas est si rare, qu'on ne peut supposer que le législateur en ait été préoccupé. Il a donc voulu prévoir quelque chose de plus réel et de plus sérieux. Or, en cherchant avec attention, on ne trouve qu'une espèce à laquelle se prête la disposition de l'article 1293, n° 2: c'est celle où la chose prêtée a péri et où le commodataire est débiteur de sa valeur.

On voit que cette argumentation ne prend une couleur qu'en niant la prévision légale d'un cas que tous les jurisconsultes ont soigneusement noté, que la pratique réalise souvent [5], et qui a lieu quand le commodat a pour objet des choses fongibles prêtées *ad pompam!* Ne nous étonnons donc pas qu'en partant de cette base contraire à l'expérience, Delvincourt soit arrivé à une solution contraire aux principes. Comment, d'ailleurs, le texte de l'art. 1292, n° 2, ne lui montre-t-il pas qu'il ne s'agit pas dans cet article de la demande en indemnité d'une chose périe, mais bien de la *demande en restitution* d'une chose existante [6]!

ARTICLE 1886.

Si pour user de la chose l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut la répéter [7].

SOMMAIRE.

133. Les dépenses nécessaires pour se servir de la chose sont à la charge de l'emprunteur. Raison de cette règle. Exemples.

134. L'art. 1886 est plus large que sa formule ne semble l'indiquer. Il ne se borne pas à refuser une action en répétition pour les dépenses faites. Il est dans

---

[1] Doneau, sur la loi ult. C., *de commodato*.
[2] *Ibid.* — Pothier, n° 44. — Toullier, t. 7, n° 383. — Code prussien, 1re partie, t. 26, sect. 6, n° 363.
[3] T. 3, notes, p. 404 et suiv. — T. 8, notes, p. 320 et 321.
[4] Art. 1291, Code civ.
[5] *Supra*, n° 33.
[6] *Junge* Toullier, t. 7, n° 383.
[7] Domat, l. 1, t. 5, sect. 2, n° 14. « Si pour user de » la chose empruntée on est obligé à quelque dépense, » celui qui l'emprunte en sera tenu. » C'est la même pensée en d'autres termes.

sa pensée d'obliger l'emprunteur à faire les dépenses nécessaires pour le service de la chose.
135. Quelles sont ces dépenses?
136. Suite.
137. Des grosses et menues dépenses.
138. Les réparations locatives sont au compte du commodataire.

COMMENTAIRE.

133. L'usage de la chose prêtée nécessite quelquefois des dépenses; le bon sens indique qu'elles sont à la charge de l'emprunteur [1], par une obligation tacite qui n'a pas eu besoin d'être exprimée [2]; car, enfin, si ce dernier se servait de la chose prêtée sans les faire, il commettrait un abus, un excès; il serait coupable de négligence, et la détérioration que la chose éprouverait retomberait sur lui.

Par exemple, je vous ai prêté ma voiture pour aller à Nancy, et pendant le trajet un écrou vient à manquer : la dépense nécessaire pour cette réparation est une charge du service que vous rend la chose prêtée, et c'est vous qui devrez la faire.

Je vous prête mon cheval pour vous transporter à plusieurs lieues de votre domicile: vous devez pourvoir à sa nourriture, à son logement, aux dépenses de ferrage pendant qu'il sera à votre service [3]. Que deviendrait, en effet, la chose prêtée si vous ne vous occupiez pas de pourvoir à de telles nécessités? comment pourrait-elle remplir le service que vous exigez d'elle? C'est pour cela que Caïus décidait [4] que la nourriture de l'esclave prêté tombe sur l'emprunteur : « *Nam cibariorum impensæ*, NATURALI » SCILICET RATIONE, *ad eum pertinent*, *qui* » *utendum accepisset.* » Ce sont des frais nécessaires qui, comme le dit Accurse [5], sont compensés par les services que rend la chose prêtée, et ne sauraient être répétés [6].

134. Telle est la pensée de notre article. Il a voulu reproduire ces principes de raison de l'ancien droit français et des lois romaines. Et il ne faudrait pas croire, en s'attachant minutieusement aux mots dont il s'est servi, qu'il n'a eu en vue que le cas spécial où l'emprunteur a déboursé la dépense, et qu'il laisse indécis le cas où il s'est abstenu de le faire. Comparez-le, en effet, avec l'art. 1890, et bientôt vous apercevrez que s'il défend à l'emprunteur de répéter ces dépenses qu'il a faites, c'est uniquement parce qu'il le considère comme tenu de les faire. En un mot, ce n'est pas seulement d'un fait accompli que se préoccupe l'article 1886, il sert aussi de règle pour ce qui aurait dû être fait et ne l'a pas été : il n'y a à cet égard ni vague, ni incertitude.

135. Mais comment déterminer par une mesure invariable quelles sont ces dépenses nécessaires pour user de la chose, dépenses qui sont autres que celles dont s'occupe l'art. 1890 du Code civ.? Les circonstances en décident, et c'est à la sagesse du juge à les apprécier [7].

Par exemple, au moment de partir pour un voyage que je dois faire avec un cheval qui m'a été prêté, je m'aperçois que cet animal a une plaie que la route aggraverait, si un médicament n'était employé pour le soulager. Ou bien encore, ce cheval est saisi de tranchées qui retardent mon départ, mais qu'une médecine calmera. Dans ces deux cas, et autres semblables, les frais de ces médicaments resteront à ma charge; ils sont nécessités par une circonstance passagère, dans un moment où j'ai à me servir de la chose prêtée, et où je ne pourrais pas en user en bon père de famille si je ne faisais cesser ce contre-temps. Peu considérables d'ailleurs, ils sont en proportion de l'accident, qui est une simple indisposition et non une maladie. C'est donc avec raison qu'en pareille occurrence Caïus refuse toute action pour répéter la dépense : « *Modica* » *impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad* » *eumdem pertineant* [8]. »

136. Mais si le cheval tombait malade chez moi d'une maladie qui exigeât un long traitement et des dépenses coûteuses de con-

[1] Pothier, nº 81.
[2] Pomponius dit très-bien : « *Plerumque accidit, ut* » *extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur.* » L. 13, § 2, Dig., *commod.*
[3] Domat, *loc. cit.* — Pothier, nº 81.
[4] L. 18, § 2, Dig., *comm.*
[5] Arg. de la loi 30, § 1, Dig. *de ædilit. edicto* (Paul, 1 *ad edict. curril.*).
[6] *Junge* Favre, sur cette loi.
[7] Mantica, *De tacit. et ambiguis conl.*, lib. 9, tit. 2, nº 6.
[8] L. 18, § 2, Dig., *commod.*

servation, il en serait tout autrement. Le prêt laisse la propriété de la chose sur la tête du prêteur ; c'est donc à ce dernier à pourvoir aux dépenses qui s'appliquent plutôt à la conservation de la propriété qu'à l'exercice de l'usage de la chose prêtée. Cette distinction ressort de l'art. 1890, et elle avait été faite par Caïus [1]. Ce jurisconsulte, en effet, cite, parmi les dépenses que le prêteur doit prendre à son compte, les frais de maladie de l'esclave prêté, ainsi que ceux qui sont nécessaires pour sa recherche et sa conduite quand il a pris la fuite; mais il a soin de faire remarquer que ce dont il s'agit ici, ce sont des dépenses plus considérables que celles dont nous parlions tout à l'heure : *ad majores impensas pertinere debet*. Les grosses dépenses sont de conservation ; elles ne regardent pas l'emprunteur. Celui-ci n'est tenu que des dépenses plus légères qui se rapportent au simple usage.

137. Bartole a pensé, d'après Cynus et autres interprètes plus anciens, que Caïus ne mettait à la charge de l'emprunteur ces petites dépenses (*modica impendia*), que parce que le juge ne doit pas s'occuper de bagatelles trop minimes, *quia de minimis non curat judex* [2]. Tel n'est pas le principe auquel il est évident que Caïus se rattache. Ce jurisconsulte ne classe les impenses en grandes et en petites que parce que les premières touchent à la conservation, les secondes à l'usage. C'est ainsi que, dans la matière du louage, on distingue les réparations en grosses qui sont au compte du bailleur, et en menues qui sont au compte du preneur [3]. L'importance des impenses n'est prise en considération quo parce qu'elle est un indice de la cause qui l'a rendue nécessaire.

138. Au nombre des dépenses que l'emprunteur supportera, mettons, avec Pothier [4], les réparations locatives. En effet, comment le commodataire n'en serait-il pas chargé, lui qui reçoit la chose gratuitement, tandis que le locataire, qui paye pour en user, les a cependant à sa charge?

ARTICLE 1887.

Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.

SOMMAIRE.

139. Cas de l'art. 1887. Textes du droit romain. Contradiction apparente. Conciliation.

140. Du cas où le prêt a été fait à une seule personne qui décède laissant plusieurs héritiers.

COMMENTAIRE.

139. Lorsque le prêt à usage a été fait à deux ou plusieurs personnes, le prêteur a une action solidaire contre chacune d'elles pour obtenir l'accomplissement des obligations comprises dans le commodat.

Les recueils de Justinien contiennent sur ce point de droit deux textes célèbres, dont l'apparente contrariété a fort occupé les interprètes. Ce sont la loi 5, § 15, Dig., *comm.*, empruntée au commentaire d'Ulpien sur l'édit du préteur, et la loi 21, § 1, extraite du 8e livre des Questions d'Africain. Dans l'espèce de la première décision, Ulpien suppose qu'une voiture a été prêtée à deux personnes, et il veut que chacune d'elles soit tenue *in solidum* des obligations du commodat. Dans l'espèce de la seconde, au contraire, de la vaisselle avait été prêtée à plusieurs, et Africain veut que chacun des emprunteurs ne soit tenu que pour sa part. Pour mettre ces deux solutions d'accord, les interprètes trouvent, dans l'hypothèse d'Africain, une clause particulière de laquelle ils font résulter que chacun ne s'était obligé que pour sa part [5].

Du reste, tout le monde s'accordait à re-

---

[1] *Loc. cit.*
[2] Sur la loi 18, § 2, Dig. *de comm.*
[3] Mon *Comment. du louage*, nos 175 et 178.
[4] No 81.
[5] Cujas *ad Afric.* — Favre, sur la loi 21, § 1 ; il cite les interprètes. — Pothier, no 65, d'après Hotoman,

connaître que le principe général était déposé dans la décision d'Ulpien, qui se prononce pour la solidarité [1] C'est aussi le parti qu'a adopté le Code civil en décrétant la solidarité de plein droit [2].

140. Il en est autrement quand le prêt n'a été fait qu'à une seule personne qui décède en laissant plusieurs héritiers. On suit alors les principes qui gouvernent les obligations divisibles ayant pour objet un corps certain [3], et particulièrement l'art. 1221, nº 2, et § final du Code civil.

TROISIÈME SECTION.

DES ENGAGEMENTS DE CELUI QUI PRÊTE A USAGE.

ARTICLE 1888.

Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

ARTICLE 1889.

Néanmoins, si pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de la chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.

SOMMAIRE.

141. Des engagements du prêteur. Ils n'empêchent pas le contrat de commodat d'être étranger à la matière des contrats synallagmatiques.
142. Embarras du droit romain pour rattacher ces engagements à son classement des contrats. Explication de Caïus.
143. Explication de Paul.
144. L'équité force la main aux principes rigoureux du droit strict.
145. Liberté et facilité du droit français.
146. Le prêteur ne doit pas retirer la chose avant le temps convenu.
147. *Quid* quand il n'y a pas de temps préfix?
148. Le temps convenu ne doit pas être nécessairement prorogé lorsque l'emprunteur n'a pu se servir de la chose.
149. Suite.
150. *Quid* si l'emprunteur n'a plus besoin de la chose avant le terme convenu?
151. Si pendant le temps convenu le prêteur avait un besoin pressant et imprévu de la chose, il pourrait la redemander.
152. Le juge doit consulter les circonstances pour ordonner la restitution anticipée.
153. Le prêteur ne doit pas à l'emprunteur la garantie du fait des tiers.
154. Dans le précaire, le prêteur peut reprendre sa chose à sa volonté.
Tempérament à cette règle.
155. Suite.

COMMENTAIRE.

141. Après avoir exposé les engagements que le prêt à usage impose à l'emprunteur, engagements principaux et directs, le Code s'occupe des engagements indirects et con-

---

Duaren et Pacius. — Voet, *ad Pand*, tit. *commod.*, nº 3.

[1] Cujas, observ. 26.

[2] Art. 1202, Code civ.

[3] Pothier, nº 66. — Toullier, t. 6, nº 750. — Voet, nº 3.

traires, que le prêteur contracte implicitement par suite de certains principes de droit naturel indépendants de toute convention [1]. Ces engagements n'élèvent pas au contrat de prêt à usage le caractère de contrat unilatéral; car ce n'est pas le contrat qui les crée par une disposition principale [2] : ils procèdent d'une obligation appelée *contraire* par les lois romaines, d'une obligation qui se rattache plutôt à la matière des obligations implicites [3] ou des quasi-contrats, qu'à celle des contrats proprement dits. Nous avons rappelé ci-dessus les idées qui nous paraissent à cet égard les plus exactes [4].

142. Dans notre droit français, si souple sous la main de l'équité, si obéissant à la voix du droit naturel, rien de plus facile que de faire rationnellement entrer ces engagements du prêteur dans les effets juridiques qui découlent, sinon directement, du moins par voie indirecte, du contrat de prêt. Des classifications rigoureuses et absolues ne s'opposent pas chez nous à un mélange d'obligations puisées à des sources parallèles ou diverses.

Mais, à Rome, les jurisconsultes paraissent avoir éprouvé, dans l'origine, de sérieuses difficultés pour rattacher d'une manière scientifique les obligations du prêteur au rigoureux classement de leur droit primitif. On les voit hésitants et embarrassés quand ils veulent expliquer les raisons de cette action contraire, qui se trouve exister dans un contrat réel et parfait par la chose, alors que cependant, au regard du prêteur, rien n'a été reçu. Caïus se sert de raisons vagues : Il y a, dit-il, une juste cause, *justa causa;* un motif naturel, *naturali ratione* [5]. Le commodataire qui a éprouvé du dommage par le fait du prêteur, lorsque, par exemple, ce dernier a retiré sa chose avant le temps, ou a prêté sciemment des vases vicieux qui ont corrompu le vin ou l'huile du premier [6], le commodataire, disons-nous, pourrait opposer de ce chef une compensation s'il était poursuivi sur d'autres points par le prêteur (*jure pensationis* [5]). Or, pourquoi ne pourrait-il pas prendre l'offensive et agir par action? De là la nécessité de l'action contraire : « *Dicemus necessariam esse contrariam actionem* [7]. »

Je conçois l'embarras de ce jurisconsulte : il a devant lui les classifications sévères dans lesquelles se renferment les conventions munies d'une action. Et comment trouver dans ces catégories la source de l'action contre le prêteur? Serait-ce le consentement qui pourrait lui servir de point d'appui? Non! le consentement n'est suffisant que pour les quatre contrats du droit des gens, la vente, l'échange, le louage, le mandat. Serait-ce la délivrance de la chose? Mais comment la réception de la chose obligerait-elle le prêteur, puisque ce n'est pas lui qui a reçu la chose; que c'est lui, au contraire, qui l'a donnée, et qu'en la donnant, il n'a expressément contracté aucun engagement qu'on puisse assimiler même à un pacte?

143. Paul a cherché une autre explication. Remontant aux sources de l'équité, il s'arrête à un quasi-contrat pour donner une base à l'action contraire.

« Vous n'étiez pas obligé à faire le prêt; une intention bienveillante vous a seule porté à rendre cet office. Mais une fois que vous avez prêté, vous avez tacitement contracté l'obligation de ne rien faire qui contrarie votre bienfait. Votre devoir s'y oppose aussi bien que l'obligation comprise dans la délivrance de la chose à l'emprunteur, qui ne l'a reçue qu'avec la pensée qu'il pourrait s'en servir à l'usage convenu : « *Non tantum officium impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque.* » C'est ainsi (notez bien cette comparaison) que celui qui a entrepris de gérer les affaires d'un absent ne peut pas les abandonner impunément. Il est forcé à en procurer la consommation; sans quoi, le bienfait ne serait pas un secours pour l'emprunteur, mais une source de mécomptes : « *Adjuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet* [9] »

La comparaison que Paul fait ici entre le prêteur et le *negotiorum gestor* est décisive. De cette grande raison d'équité qui ne permet pas qu'un bienfait soit captieux pour

[1] *Supra*, nº 7.
[2] Pothier, nº 76.
[3] *Id.*
[4] *Voy.* aussi *infra*, nº 237.
[5] L. 18, § 2, *commod.*
[6] L. 18, § 3, *commod.*
[7] *Id.*, § 4.
[8] § 4.
[9] L. 17, § 3, Dig., *comm.*

celui qui le reçoit [1], le jurisconsulte est amené à chercher dans les anomalies du quasi-contrat la raison d'une action que le contrat ne donne pas par lui-même d'une manière logique et précise.

144. Ceci est une nouvelle preuve des efforts de la jurisprudence pour secouer le joug des classifications. Il est très-probable qu'originairement les obligations tacites du commodant ne donnaient lieu qu'à une exception contre la demande qu'il intentait contre l'emprunteur. Mais il était équitable que le commodataire obtint une action pour poursuivre ses droits : il l'obtint du magistrat [2], dont la concession parut d'autant plus naturelle que le système des obligations nées des *quasi-contrats* commençait à se développer [3]. Ainsi tombait ce vieil adage de l'ancien droit : qu'on n'était tenu que de ce qu'on avait promis expressément [4]. L'équité donnait force et protection aux sous-entendus que le formalisme primitif avait dédaigné.

145. Moins gêné que le droit romain par les entraves du droit strict, la jurisprudence française n'a pas besoin de faire violence à ses origines et à sa nature pour légitimer les obligations du prêteur. Il suffit que l'équité et le droit naturel lui en fassent un devoir pour qu'elle donne à ce devoir une sanction spontanée et légale.

146. Suivons maintenant ces obligations du prêteur dans leur développement et étendue.

Le prêteur aurait pu ne pas faire le prêt; mais puisqu'il s'est décidé à le faire, il doit subir jusqu'au bout la gène momentanée qui est la conséquence de son bienfait. C'est pourquoi il ne faut pas qu'il trouble l'emprunteur en retirant la chose de ses mains avant le temps convenu [5]. Autrement il porterait préjudice à ce dernier, qui a compté sur l'usage de cette chose et qui s'est arrangé pour en recueillir l'avantage. Le bienfait serait une cause de déception et irait contre son propre but [6].

147. Alors même que la convention ne porte pas de temps préfix pour la restitution de la chose, le prêteur n'est pas libre de la reprendre sans ménagement et sans opportunité. Il doit attendre qu'elle ait servi à l'usage convenu; sans quoi un retrait subit causerait du dommage à l'emprunteur. Si ce dernier avait su que le prêteur le traiterait avec une rigueur si imprévue et si contraire à la bienveillance qui doit régner dans un contrat de ce genre, il aurait pu prendre d'autres mesures, soit en se pourvoyant ailleurs, soit même en achetant la chose qui lui était nécessaire.

Ainsi, par exemple, vous me prêtez votre pressoir pour faire mon vin ou mon cidre; il est sous-entendu que vous ne m'en enlèverez pas l'usage avant la fin de l'opération.

De même, je vous emprunte des pièces de bois pour soutenir ma maison qui a besoin de réparation; attendez, pour me les redemander, que les réparations soient terminées [7].

148. *Quid* si le temps convenu était écoulé sans que vous eussiez fait usage de la chose parce que vous avez été surpris par une maladie? Bartole et le président Favre décident avec raison que le temps ne sera pas prolongé [8]. Le prêteur ne doit pas être responsable du fait de force majeure qui vous a affecté. Le prêteur *certat de damno vitando.* Vous, au contraire, vous êtes de ceux *qui certant de lucro captando.*

149. A plus forte raison l'emprunteur devrait-il être repoussé si c'était par sa faute qu'il eût laissé écouler le temps convenu sans faire usage de la chose. Il en serait de même (dans le cas où la convention n'aurait pas de temps préfix) si l'emprunteur négligent n'avait pas profité du temps moral largement apprécié pour conduire à fin l'affaire projetée.

150. Si l'emprunteur a fini de la chose avant le temps convenu, il n'a pas de raison pour la refuser au prêteur qui la réclame. Je vous ai prêté pour 15 jours un manuscrit dont vous désirez avoir la copie. Au bout de 8 jours votre travail est terminé, vous ne devez pas en refuser la restitution [9].

151. Il y a plus, et ici nous touchons à la disposition de l'art. 1889, qui renferme une anomalie remarquable. S'il arrivait que,

[1] Officium suum nemini debet esse captiosum, dit Favre sur cette loi. (*Rationalia*, ad Pand.)

[2] Le président Favre a prouvé ce point (*Ration. ad Pand.*) sur la loi 17, § 3, Dig., *comm.*

[3] Inst. de Just., *de oblig. quo quasi ex contractu.* — Caius, l. 1, Dig., *de oblig. et action.*

[4] Vico, p. 314 et suiv.

[5] Pothier, nº 76.

[6] Paul, l. 17, § 3, Dig., *comm.*

[7] *Id.*, *loc. cit.* — Pothier, nº 24.

[8] Sur la loi 17, § 3, Dig., *comm.*

[9] Pothier, nº 26.

pendant le temps convenu, le prêteur eût un besoin pressant et imprévu de la chose, il pourrait en réclamer la restitution avant l'expiration, et le juge devrait avoir égard aux circonstances graves qu'il ferait valoir pour obliger l'emprunteur à la rendre. A la vérité, c'est affaiblir le lien conventionnel qui a uni les parties. Mais, pour arriver à ce résultat, la loi, interprétant leur volonté, suppose avec équité que le prêteur n'a voulu faire le prêt que parce qu'il croyait pouvoir rigoureusement se passer de la chose [1].

152. Mais, ne l'oublions pas, il faut que le besoin allégué soit pressant et inattendu. Si c'était un besoin facile et prévu, ou qui pût se remettre, la convention devrait conserver sa force première. En pareil cas, le prêteur est présumé avoir sacrifié sa commodité à celle de l'emprunteur,

153. Comme l'application de l'art. 1889 peut souvent mettre en présence deux intérêts difficiles à concilier, le législateur, désespérant de tracer des règles inflexibles, a voulu que le juge en appelât, en définitive, aux circonstances dans lesquelles la question de restitution se présente. Ainsi, tantôt l'emprunteur sera dispensé de rendre la chose, parce qu'il serait impossible de s'en priver sans un trop grand dommage; tantôt il pourra venir au secours du prêteur en lui livrant momentanément des objets équipollents de nature à lui être utiles [2]; tantôt enfin il faudra que l'emprunteur se dessaisisse sur-le-champ pour satisfaire le prêteur.

154. Mais revenons à la règle de l'article 1888, d'après laquelle le prêteur ne doit pas par son fait troubler la jouissance de l'emprunteur. Le prêteur ne répond ici que de son propre fait; il n'engage à cette obligation implicite que lui ou ses héritiers. Il ne doit pas garantie à l'emprunteur des troubles qui seraient causés par des tiers. C'est en quoi le commodat diffère du louage, qui, comme on sait, impose au locateur l'obligation de garantir le preneur de tous troubles ou éviction. Mais la raison ne permettait pas de mettre sur la même ligne le louage et le commodat : le louage, contrat intéressé de part et d'autre, qui, assurant au bailleur un avantage positif, doit, par une compensation nécessaire, le soumettre à des obligations étroites de garantie, et le commodat, contrat qui ne profite qu'à l'emprunteur, et qui, n'ayant rien de lucratif pour le prêteur, affranchit d'un lien trop rigoureux ce dernier, qui n'est censé avoir prêté sa chose que telle qu'elle est [3].

155. Si le commodat est d'un degré moins sévère que le louage, il est d'un degré de rigueur au-dessus du précaire; car nous avons vu ci-dessus [4] que dans le précaire le prêteur peut reprendre sa chose à sa volonté, et que c'est là ce qui différencie surtout ce contrat du commodat [5].

« Id quandoque libuerit *importune, intempestive*, revocare possit. » Ce sont les paroles de Cujas [6].

Néanmoins cette règle ne doit pas être prise sans tempérament. Ainsi, il ne faudrait pas que le prêteur voulût retirer la chose à l'instant même où il l'a livrée; ce serait de sa part une contradiction avec sa pensée de bienfaisance. Il devrait attendre un temps moral pour rendre sa complaisance profitable à l'emprunteur. « *Sane*, dit Hilliger [7], » *confestim atque res concessa est, repeti non* » *posse, ne beneficium corrumpatur. Sed dato* » *aliquali temporis spatio, humanius est.* » C'est aussi ce qu'enseigne Domat [8]. Il est vrai que Cujas, se réunissant à l'opinion de Decius contre celle de Panorme, repousse cette restriction apportée au droit arbitraire du prêteur; il soutient qu'il ne faut faire aucun fond sur le précaire, qui ne présente pas de sûreté : « *Qua liberalitate nulla est imbecillior, aut inconstantior* [9]. » Mais ce sentiment, bien que juridique en général, pèche, à notre avis, par excès de rigueur, toutes les fois que le prêteur pousse sa liberté jusqu'au caprice et en use de manière à causer du préjudice à l'emprunteur.

156. Du reste, Cujas a toute raison quand il insiste sur la fragilité du précaire. Ses paroles élégantes et profondes doivent avertir l'emprunteur qu'il a, dans le précaire, beaucoup moins de latitude que dans le commodat, et qu'il est de son devoir de tenir la chose à la disposition perpétuelle du

[1] Pothier, n° 25, d'après Puffendorf, liv. 5, ch. 4, § 6.
[2] Pothier, n° 25.
[3] *Id.*, n° 79.
[4] N° 28.
[5] Pothier, n° 89.
[6] 23, observ. 21, et sur le Code, *de precario*. — *Junge* Hilliger sur Doneau, t. 3, p. 1332, note 3; lib. 14, c. 34.
[7] *Loc. cit.*
[8] T. 5, sect. 3, n° 2.
[9] Sur le titre du Code, *de precario*.

prêteur. Il serait en faute s'il employait la chose à un usage qui ne lui permît pas de la restituer dans un délai moral le plus court possible, et des dommages et intérêts pourraient être demandés contre lui [1].

ARTICLE 1890.

Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser.

SOMMAIRE.

157. Combinaisons de l'art. 1870 avec l'art. 1886. Retour sur les dépenses à la charge du prêteur. Avances faites par l'emprunteur.
158. L'emprunteur doit prévenir le prêteur des besoins de la chose.
159. Si l'emprunteur a été forcé de faire l'avance des dépenses, le prêteur doit l'en indemniser.
160. L'emprunteur a pour cet objet l'action *contraria commodati*.
161. Il peut user du droit de rétention.
162. Le prêteur ne peut abandonner la chose pour se débarrasser de son obligation.

COMMENTAIRE.

157. L'interprétation de l'art. 1890 se trouve facilitée par les détails dans lesquels nous sommes entré en commentant l'article 1886, avec lequel notre texte doit être conféré. L'art. 1886 détermine les dépenses qui sont à la charge de l'emprunteur; l'article 1890 règle celles qui sont à la charge du prêteur et dont l'emprunteur doit avoir le remboursement lorsqu'il en a fait l'avance. Le premier est relatif aux dépenses entraînées par l'usage et le service de la chose; le second s'occupe des dépenses attachées à la propriété de cette chose.

158. Lorsque la nécessité de faire cette dernière sorte de dépense se réalise, l'emprunteur doit prévenir le prêteur. C'est un avertissement dont il lui est redevable par devoir et par amitié. Placé sur les lieux, il connaît les besoins de la chose; il éclaire le commodant sur ce qu'exige son intérêt.

159. Que si la dépense a été extrêmement urgente pour la conservation de la chose, et que l'emprunteur en ait fait l'avance, le prêteur la lui remboursera [2]. Il ne faut pas que ce dernier, oubliant que son service doit être gratuit, spécule sur l'emprunteur pour mettre à sa charge des dépenses dont la propriété est seule tenue.

160. Si le prêteur refuse de faire le remboursement, l'emprunteur a contre lui l'action *contraria commodati*.

161. Il peut aussi user du droit de rétention, ainsi que nous l'avons vu *supra* [3]; car l'impense pour conserver ou améliorer la chose donne naissance à un droit réel, à une espèce de gage.

162. Le prêteur ne pourrait pas se décharger de son obligation en abandonnant la chose [4].

ARTICLE 1891.

Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

SOMMAIRE.

163. Le prêt, qui est un office d'ami, ne doit pas devenir une cause de dommage.
164. Mais le prêteur n'est atteint par l'art. 1891 qu'autant qu'il a agi sciemment.

---

[1] Arg. de Pothier, n° 89.
[2] Pothier, n° 31.
[3] N° 128.
[4] Pothier, n° 83.

165. Il n'est même pas obligé de rechercher si la chose qu'on lui demande est propre à l'usage qu'on s'en promet.

166. Il n'est responsable que lorsqu'il a prêté par dol une chose malfaisante.

Du reste, le dol ne doit pas s'admettre facilement.

167. Si l'on demande à emprunter une chose vicieuse et que le prêteur en avertisse l'emprunteur, il n'y a pas de responsabilité.

168. Il n'y en a pas non plus quand le vice était connu de l'emprunteur, ou bien quand il était assez apparent pour n'être pas ignoré de lui.

COMMENTAIRE.

163. L'art. 1891 est l'expression d'une règle d'équité et d'un devoir de morale qui frappent par leur évidence. Quand l'emprunteur vient vous demander un service, et que vous faites dégénérer ce service en une cause de dommage, vous commettez une trahison. « *Nam et qui gratificantur cuipiam,* » dit Cicéron, *quod obsit illi cui prodesse velle* » *videantur, non beneficí neque liberales, sed* » *perniciosi assentatores judicandi sunt* [1]. »

Par exemple : Pierre, qui a besoin d'un cheval pour faire une course obligée, s'adresse à Paul pour lui demander un cheval, et ce dernier, sachant que Pierre est mauvais écuyer, choisit dans son écurie le cheval le plus fougueux. Il y a dans ce fait une lâche surprise ou une mauvaise plaisanterie. Paul ne saurait être trop sévèrement puni du dommage que son dol aura occasionné à Pierre.

Si Saint-Évremond a pu s'égayer aux dépens d'un pauvre jésuite à qui le maréchal d'Hocquincourt avait prêté malignement un coursier difficile, tandis que le bon père lui avait demandé sa monture la plus douce, *comme il lui convenait*, c'est que le jésuite en avait été quitte pour la peur. J'aime à croire que l'homme du monde n'aurait pas ri si l'homme d'Église avait eu mal.

Il en serait de même si Pierre ayant emprunté à Paul des vases pour mettre du vin, celui-ci s'était appliqué à lui prêter un tonneau qu'il savait en mauvais état et devoir laisser échapper le liquide [2].

164. Mais si le prêteur avait agi de bonne foi, dans l'ignorance du vice de sa chose, sa responsabilité cesserait d'être engagée [3]; notre texte est positif : il n'attache de responsabilité qu'à la connaissance du défaut source du dommage. Dans la vente et dans le louage il n'en est pas ainsi, par une raison bien simple. Le vendeur et le locateur, retirant un profit de leur chose, doivent répondre de ses imperfections dommageables. Mais le prêt est gratuit, et le prêteur qui livre sa chose telle qu'elle est, dans l'ignorance de ses vices, n'a pas de responsabilité à encourir [4].

165. Dira-t-on que du moins le prêteur s'est mis en faute en ne recherchant pas, avant de faire le prêt, si la chose était en état de faire le service demandé? Non; ce serait pousser la rigueur au delà des justes bornes, et notre article nous défend d'aller jusque-là. Le prêteur n'est tenu envers l'emprunteur qu'à ne pas lui faire de mal par dol et sciemment. Il livre à l'emprunteur ce que l'emprunteur lui demande. En quoi donc pourrait-il être fautif? C'est pourquoi, fort du texte de notre article, je dis avec le président Favre, et malgré Bartole et Pothier [5], qu'il n'y a pas même lieu à parler ici de faute lourde. Le prêteur ne commet de faute d'aucune espèce. Il n'est répréhensible que lorsqu'il se rend coupable d'un dol caractérisé en livrant sciemment une chose malfaisante. « *Qua ratione tentari* » *etiam, non improbabiliter potest, commoda-* » *torem, de lata culpa non teneri; licet contra* » *sentiat hic Bartolus, quia tametsi lata culpa* » *prope dolum sit, dolus tamen non est* [6]. »

166. Nous ajoutons que même à l'égard du dol il faut se montrer réservé, et qu'on ne doit pas l'admettre facilement contre le commodant. Aussi Julianus disait-il : « *Quin* » *etiam paulo remissius circa interpretationem* » *doli mali debere nos versari; quoniam nulla* » *utilitas commodantis interveniat* [7]. »

167. Si la chose est vicieuse et que le prêteur en avertisse l'emprunteur, tout se

[1] *De officiis*, lib. 1, c. 14.

[2] Caius, l. 18, § 3, Dig., *commod.* : *Item qui, sciens, vasa vitiosa commodavit*, etc. — Et Paul, l. 22, Dig., *commod.*

[3] Arg. de la loi 22, Dig., *comm.*

[4] Favre, sur la loi 18, § 3, Dig.; *comm.*, d'après Accurse.

[5] N° 84.

[6] Favre, *loc. cit.*

[7] L. 61, § 6, Dig., *de furtis*.

trouve sauvé. C'est à l'emprunteur à voir s'il lui convient, ou non, d'accepter le prêt; il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de sa résolution.

168. Quand le vice de la chose est connu de l'emprunteur, ou qu'il est assez apparent pour ne pas échapper à l'inspection, nul reproche ne peut être fait au prêteur qui ne l'a pas prévenu d'une manière spéciale [1]; l'avertissement aurait été surabondant. C'est sous l'influence de la connaissance du danger de la chose que le contrat s'est fait : l'emprunteur est présumé avoir accepté l'emprunt avec les risques qui y sont attachés, et sauf à prendre les moyens de s'en garantir.

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

PREMIÈRE SECTION.

DE LA NATURE DU PRÊT DE CONSOMMATION.

ARTICLE 1892.

Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

ARTICLE 1893.

Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive.

ARTICLE 1894.

On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage.

SOMMAIRE.

169. Du simple prêt, ou prêt de consommation. En quoi il diffère du prêt à usage.
170. Des choses susceptibles de prêt de consommation.
171. De quelle consommation s'agit-il ici?
172. Les choses qui se consomment par cet usage s'appellent *fongibles*.
173. Combinaison de l'art. 1892 avec l'art. 1851 Code civ.
174. Comment la consommation doit s'accomplir. De la consommation naturelle et de la consommation civile.
175. Suite.
176. Suite. Il y a des choses qui n'étant pas fongibles peuvent le devenir par la destination.
177. Exemple de ceci.
178. Conclusion. Sens de l'art. 1894.
179. Suite.
180. Exemples de prêt de choses fongibles.

[1] Delvincourt, t. 8, p. 324.

181. Définition du *mutuum*. Origine de ce mot.
182. Suite.
183. Il n'y a pas de *mutuum* sans tradition.
184. Il n'y a qu'une simple promesse, et alors la chose périt pour le propriétaire qui n'a pas encore livré.
185. Quand y a-t-il tradition? Renvoi et exemples. Du prêt appelé *civil*.
186. Le prêt de consommation transfère la propriété.
187. Conséquences de ce principe dans l'ancien droit français en ce qui concerne le prêt de la chose d'autrui; conséquences nouvelles d'après le Code civil et la maxime : *En fait de meubles la possession vaut titre*.
188. Ceux qui n'ont pas la pleine et libre disposition de leur chose ne peuvent faire un *mutuum* valable.
189. L'obligation de rendre est essentielle dans le *mutuum*. La restitution doit se faire en choses de même espèce et qualité. Distinction de l'espèce et du genre. Sens divers de ces mots chez les jurisconsultes et les dialecticiens.
190. Il faut rendre autant que ce qu'on a reçu.
191. Dans l'ancien droit français, la gratuité était de l'essence du *mutuum*.
192. Aujourd'hui la gratuité n'est que de la nature du prêt.
193. Du consentement.
194. Suite.
195. *Quid* du cas où l'un donne mille, et où l'autre croit ne recevoir qu'à titre de prêt? Opposition des lois romaines sur ce cas, et impossibilité de les concilier. Avis de Julianus préféré à celui d'Ulpien.
196. Résumé sur les traits principaux du *mutuum*.
197. Il est du droit des gens.
198. Il est unilatéral.
199. Il était *stricti juris* en droit romain.
200. Il est contrat de bienfaisance.
201. De la capacité des contractants. Capacité du prêteur.
202. Quand le prêteur est mineur, l'engagement n'est nul que d'une nullité relative. Application de ce principe. Rejet d'une opinion de Doneau.
203. S'il est vrai que le prêt soit validé par la consommation de la chose.
204. Du mineur émancipé.
205. De la femme séparée.
206. Du prêt fait *a non domino*.
207. Le pouvoir de prêter est toujours corrélatif au pouvoir d'aliéner. Preuve tirée du tuteur.
208. Du prêt fait par l'associé.
209. Capacité de l'emprunteur. Des mineurs, des prodigues, des émancipés
210. Du tuteur.
211. Des communes.
212. Des fils de famille et du sénatus-consulte macédonien.
213. Des emprunts faits par une société.
214. De la femme séparée ou commune.
215. La capacité d'emprunter est de droit commun.
216. Des formes du prêt.
217. *Quid* quand il y a stipulation d'hypothèque?
218. Différence du prêt et d'autres contrats analogues. Du crédit.
219. De l'usufruit de choses fongibles.
220. Suite.
221. Liaison avec les articles suivants.

COMMENTAIRE.

169. Nous sommes arrivé au prêt de consommation ou simple prêt, qui est la seconde des deux espèces de prêt dont nous avons parlé aux n°s 8, 9, 10 et 11. Quelques aperçus rapides ont déjà montré en quoi cette sorte de prêt se distingue du prêt à usage, qui nous a occupé jusqu'à présent. La différence se résume en un point capital : dans le prêt à usage, c'est la chose même qui doit être rendue par l'emprunteur; dans le prêt de consommation, au contraire, le prêteur ne rend et ne peut rendre que des choses de même espèce, de même qualité et quantité, mais jamais les choses mêmes qui lui ont été prêtées; elles ne lui ont été livrées que pour qu'il les consommât par l'usage.

170. Nous avons déjà émis quelques idées sur les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait [1]; reprenons-les en sous-œuvre pour les compléter, car c'est ici le point saillant et caractéristique. Fixons le sens des mots, et suivons le fond des idées dans les distinctions et les nuances qui peuvent les rendre palpables.

171. Et d'abord, quelle est l'espèce de consommation qui fait qu'une chose est fongible, et qui range par conséquent le contrat hors de la classe du prêt à usage? C'est sous le point de vue de la durée que la consommation doit être envisagée en premier lieu; le temps a ici une grande importance, et il faut en tenir compte pour arriver à des notions justes sur le prêt qui fait la matière de ce chapitre.

Une chose peut se consommer de deux manières : peu à peu et par un usage long et successif [2], comme le linge, les habits; ou bien tout de suite, comme les denrées, les liquides, les aliments [3]. Toutes ces choses appartiennent à la classe de celles qui

[1] N°s 9 et 10, *supra*.
[2] Art. 589.
[3] Art. 587 et 589.

se consomment par l'usage, *quæ usu consumuntur* [1].

Quelquefois, cependant, cette dénomination de choses qui se consomment par l'usage est réservée aux dernières; les autres s'appellent alors choses qui se détériorent par l'usage [2].

172. Ce sont les choses qui se consomment tout d'un coup par l'usage qu'on en fait, qui s'appellent *choses fongibles* [3] : expression énergique et commode, qui évite les circonlocutions et a un sens précis et clair [4]. On leur a donné ce nom parce que n'existant pas comme corps, mais comme choses qui ne consistent qu'en quantités « *quæ numero, » pondere, mensurave consistunt*, » [5], elles tiennent la place les unes des autres; de telle sorte que quand il s'agit de payer, on ne rend pas le même corps certain, mais la même quantité, qualité et valeur, et l'un remplace par là la quantité, qualité et valeur reçues.

Ainsi, les choses fongibles ne sont pas toutes celles qui ne se consomment par l'usage : ce sont uniquement celles qui se consomment tout de suite et par le premier usage qu'on en fait [6].

173. Sous ce rapport, il y aurait peut-être quelque inexactitude à reprocher à notre article, si nous ne savions déjà par l'art. 1851 qu'ordinairement le législateur réserve la dénomination de *choses qui se consomment par l'usage* aux choses fongibles, et que celles qui ne se consomment pas par le premier usage qu'on en fait sont appelées *choses qui se détériorent par l'usage*. Notre article doit être combiné avec l'art. 1851; c'est seulement alors qu'il est irréprochable.

174. Il y a deux sortes de consommation [7] : la consommation naturelle, qui a lieu quand, par exemple, on emploie à la nourriture, au chauffage, etc., etc., des choses destinées à être mangées ou brûlées; la consommation civile, qui a lieu quand on aliène des choses qui sont destinées à être dépensées ou mises en circulation. Ainsi l'argent ne périt pas par une destruction naturelle entre les mains de celui qui le dépense; mais, en passant de ses mains dans les mains de celui à qui il le livre, il est consommé pour lui; et cette consommation civile équivaut à la consommation naturelle.

Il en est de même des marchandises : leur destination est d'être livrées à un mouvement continu de circulation, et d'être consommées par les ventes commerciales. Si je prête vingt-cinq pièces de toile à un marchand de la rue Saint-Fiacre, ce contrat suppose nécessairement une consommation civile de ces vingt-cinq pièces. Je sais que leur destination est d'être vendues, d'être consommées civilement par l'usage qu'en fera l'emprunteur.

175. Dans un autre sens, il y a consommation civile lorsque la chose est destinée à un usage qui, sans la détruire naturellement, la rend incapable de servir à d'autres. On peut citer pour exemple la consommation qui s'opère par l'usage qu'on fait du papier à écrire; quand celui à qui il a été prêté a écrit dessus, le papier est, non pas détruit naturellement, mais dénaturé et réduit à un état qui en empêche la restitution comme corps certain : il y a consommation civile.

176. On voit, par ces distinctions et ces rapprochements, que certaines choses, qui, dans la plupart des cas, ne sont pas fongibles, peuvent le devenir par la destination et par l'intention des parties. La volonté a, ici, une toute-puissance qui égale le fait civil au fait naturel.

Insistons là-dessus par quelques exemples.

177. Je vous prête un livre de ma bibliothèque : il est entendu que c'est le même livre que vous devez me rendre identiquement. Il y a commodat.

Mais si je prête à mon libraire vingt-cinq exemplaires d'un de mes ouvrages dont il a besoin actuellement pour les vendre, sauf à lui à m'en rendre un même nombre d'exemplaires, ce n'est plus un commodat; c'est un prêt de consommation [8]. La chose est devenue fongible par la destination que la volonté des parties lui a donnée.

De même un boucher peut donner en *mutuum* à un autre boucher dix moutons, de tel poids, de telle qualité et valeur, à condition qu'il lui en sera rendu un même nombre de même poids, de même qualité et

[1] Just. Inst., *de usuf.*, § 2.
[2] Art. 1851, Code civ. — *Voy.* sur cet article mon *Comment. de la société.*
[3] *Supra*, n° 9.
[4] *Secus*, Duvergier, n° 19.
[5] Paul, l. 2, § 1, *Dig.*, *de reb. credit.*
[6] Proudhon, *Usufruit*, n°s 120 et 121. — Cancerius, *Variar. resolut.*, part. 3, c. 20, n°s 212 et suiv.
[7] Pothier, *Prêt de consomm.*, n° 22.
[8] Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n° 965.

valeur [1]. Dans ce cas, ces animaux ne sont pas considérés *ut individui*. Il s'agit ici de choses qui sont destinées à être livrées à la consommation; dès lors les différences qui pourraient exister mathématiquement dans les individus ne sont d'aucune importance; on ne s'arrête qu'à l'identité résultant du poids, de la qualité, de la valeur. Ce n'est pas comme lorsqu'on prête un animal auquel on tient précisément, à cause de telles ou telles qualités particulières, qui le différencient d'un autre individu, et qui font qu'il ne peut être remplacé par tel autre. Dans ce cas, on ne peut concevoir entre les contractants qu'un prêt à usage; il n'y a pas place pour le prêt de consommation. Mais lorsque la partie qui prête la chose a des motifs pour ne pas tenir compte de ces qualités spéciales qui distinguent les individus, lorsqu'elle ne voit dans cette chose qu'une quantité, alors il n'y a pas de raison suffisante pour décider que le prêt de consommation n'est pas possible [2].

178. C'est en ce sens, ce me semble, qu'il faut entendre l'art. 1894 du Code civ.; on le conduirait à des conséquences erronées si on le prenait dans un sens trop absolu. Pour rester dans le vrai, on doit absolument le limiter, ainsi que nous le faisons ici. Cujas a très-bien dit : « Si autem nummi » nonnunquam accipiuntur, quasi *corpora*, » non quasi *res quæ numero continentur*, cur » non etiam similiter *corpora* poterunt tan- » quam *quantitatem* accipi [3]? »

179. Au surplus, il faut bien se pénétrer d'une remarque : c'est que, quelle que soit la consommation qui doit être opérée par l'usage, qu'elle soit naturelle ou civile et artificielle, la chose devient nécessairement fongible; elle se réduit en quantités à peser, à compter, à mesurer, pour les compenser avec des quantités semblables; et c'est le propre des choses fongibles d'aboutir à ce résultat [4]. Les livres que j'ai prêtés à mon libraire seront remplacés par un égal nombre de volumes du même ouvrage : on comptera. Les moutons que le boucher aura prêtés à son confrère seront remplacés par des moutons de même poids, de même nombre, de même qualité : on pèsera, on comptera, on appréciera. Dans tous ces cas et autres semblables, il ne saurait en être autrement; car la chose n'est fongible que parce qu'elle a été réduite en quantité : *tanquam quantitatem accipiuntur*, comme l'a dit Cujas; et puisqu'elle est réduite en quantité, on ne peut s'empêcher de recourir au nombre, au poids, à la mesure [5].

180. On voit maintenant d'un coup d'œil le nombre considérable de choses sur lesquelles peut porter le prêt de consommation.

Par exemple, on prête du pain, de la viande [6], du grain et autres choses que l'on pèse.

Pline raconte que C. Hirsius, celui-là qui, le premier, imagina des réservoirs particuliers pour les murènes, prêta à César, à l'occasion des festins donnés par ce dernier pour sa dictature, six mille murènes au poids [7]. Mais à quoi bon plus de détails? Une énumération serait infinie. La description que nous avons donnée des choses fongibles y suppléera.

181. Voyons maintenant de plus près la définition du prêt de consommation ou *mutuum*.

Nous avons parlé ci-dessus de l'origine du mot *mutuum* donnée par les stoïciens, et de la critique dont elle a été l'objet de la part des savants [8]. Cujas aime mieux faire dériver *mutuum* de *mutatio* [9], et Saumaise vient au secours de cette étymologie; il nous apprend que les Arabes donnent au prêt de consommation un nom qui répond à *commutatio*; ce qui, suivant lui, est tout à fait logique, car il n'y a point de *mutuum* sans *commutatio*, ou, comme dit Paul, sans *suffectio* [10]. Quant à l'étymologie sicilienne que nous avons rappelée précédemment [11],

[1] Cujas, sur la loi 2, Dig., *de reb. creditis* (lib. 38 *Pauli ad edict.*). — Ducaurroy, *loc. cit.*

[2] Saumaise a bien traité ce point, *De usuris*, ch. 5, p. 89 et 90. Il fait un jeu de mots expressif quand, parlant d'un animal qu'on prête à consommation, et voulant distinguer ce prêt du commodat, il dit que l'animal a été donné *non ad usum, sed ad esum*.

[3] Sur la loi 2, Dig., *de reb. cred.* (lib. 28 *Pauli ad edict.*).

[4] Paul, l. 2, § 1, *de reb. credit.*

[5] Voy. *supra*, n° 9.

[6] Cujas sur la loi 2, § 1, Dig., *de reb. credit.* (lib. 38 *Pauli ad edict.*).

[7] Sex millia numero murænarum *mutuo appendit* (lib. 9, c. 81, 55).

[8] *Supra*, n°s 9, 10, 11, et l. 2, § 2, Dig., *de reb. credit.*

[9] 11, observ. 37. — *Junge* Vinnius, *Inst.*, lib. 3, tit. 15, § 14.

[10] Ch. 5, *de usuris*, p. 87.

[11] *Supra*, n° 9.

je ne déciderai pas si les Romains ont fait cet emprunt aux Siciliens, ou si ce sont plutôt les Siciliens qui ont pris leur mot μοῖτον aux Romains. Qu'il me suffise de dire que, quelle que soit l'opinion qu'on préfère, il reste toujours, au fond, que *mutuum* a pour racine *mutatio;* car, même dans le système de l'étymologie sicilienne, μοῖτον se lie au verbe *mœtare, mutare.*

Mais laissons la question étymologique, et voyons le sens juridique qu'il faut attacher au *mutuum.*

Cujas le définit ainsi : *Mutuum est creditum quantitatis datæ ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem* (1). C'est à peu près le même langage que l'art. 1892; seulement celui de Cujas est plus concis; il supprime ces mots que le Code a crus nécessaires : *qui se consomment par l'usage;* parce que, suivant lui, toutes les fois qu'une chose est considérée comme quantité, et non comme corps, elle devient fongible. Rien n'est plus vrai; toutefois comme cette idée est savante et que le Code s'adresse au vulgaire aussi bien qu'aux érudits, l'addition de l'art. 1892 lui donne un plus haut degré de clarté.

182. Cujas ajoute : *quantitatis datæ;* car, dans l'énergie de la langue du droit romain, *dare* n'est pas seulement faire tradition, c'est encore rendre propriétaire celui qui reçoit. En français nous n'avons pas de mot qui rende à lui seul cette pensée; aussi l'article 1892, après avoir exigé la livraison, la tradition (2), condition indispensable dans ce contrat qui est parfait par la chose, est-il obligé de la faire suivre de l'explication renfermée dans l'art. 1893, lequel déclare que l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée.

Ainsi, deux choses sont exigées : délivrance (3), et translation de la propriété (4).

183. Paul se sert d'une expression pittoresque pour énoncer cette condition : « *Mutuum non potest esse, nisi* PROFICISCATUR *pecunia* (5). » Si la chose n'est pas livrée, le prêt n'existe pas : il n'y a qu'une simple promesse de prêter (6). Il est évident que l'obligation de rendre que contracte l'emprunteur et qui est le *vinculum juris* de ce contrat, ne prend naissance qu'autant qu'il y a tradition : « *Ei qui voluit pecuniam credere,* » disait Sénèque, *sed non credidit, nihil debeo* (7). » La tradition est donc de l'essence de notre contrat (8).

184. Lorsque, m'étant obligé à vous prêter une chose fongible, je ne vous l'ai pas livrée, et que nous sommes encore dans les termes d'une simple promesse, et non d'un prêt consommé, si la chose vient à périr, il est certain qu'elle périt pour moi (9). Pour parvenir à ébranler une vérité si claire, il ne servirait de rien de citer l'art. 1138 du Code civil. Cet article ne concerne que l'obligation résultant d'un de ces contrats qui transfèrent la propriété par la seule énergie du consentement, sans que la tradition soit nécessaire. Mais comment serait-il possible de l'étendre à une convention qui n'a pas de vertu translative actuelle, qui ne déplace pas pour le moment la propriété, qui n'entend la faire passer sur la tête de l'emprunteur que lorsque ce dernier aura reçu effectivement la chose à titre de prêt, *ut accipientis fiant* (10)?

Notre proposition serait vraie quand même la chose serait certaine et déterminée; comme, par exemple, si j'avais promis de prêter les dix sacs de blé que j'ai sur mon grenier. Tant que les parties restent dans les termes d'une promesse, on demeure sous l'influence de la règle *res perit domino.*

185. Mais ce sera au juge à voir si, d'après les circonstances, la convention n'est qu'une promesse, ou bien si elle s'est traduite en un prêt caractérisé. On consultera les règles du droit sur la tradition, pour voir si le prêteur n'a pas mis la chose à la disposition de l'emprunteur et ne lui en a pas fait une livraison équivalente à une livraison matérielle. Si, par exemple, dans ma propre maison, en présence des dix sacs de blé qui sont sur mon grenier, mesurés et comptés, vous me dites : Prêtez-les-moi; et que je vous réponde : Je vous les prête, vous laissant le soin de les faire enlever ; qui hésitera à penser qu'il y a là, non pas une promesse inexécutée, mais un prêt accompagné de

(1) 11, observ. 37. — Dumoulin a donné une autre distinction que Saumaise critique dans son traité *De usuris*, ch. 5, p. 94.
(2) *Par lequel l'une des parties* LIVRE *à l'autre*, etc.
(3) Pothier, *Prêt de consomption*, n° 3.
(4) *Id.*, n° 4.
(5) L. 2, § 3, Dig., *de reb. credit.*
(6) *Supra*, n° 6.
(7) 6, *De benef.* 11.
(8) Pothier, n° 3; Voet, *de reb. credit.*, n° 3.
(9) Duranton, t. 17, n° 556. — *Contra*, Duvergier, n° 146. — Arg. de ce que je dis des *promesses de vente.* (*Vente*, t. 1, n° 130.)
(10) Caius, 3, 90. *Supra*, n° 9.

toutes les circonstances qui le rendent parfait? Qui hésitera à décider que c'est pour vous, et non pour moi, que périra la chose ou qu'elle se détériorera?

Tenons donc pour constant que la tradition est de l'essence du prêt. Le Code civil, loin de changer la théorie du droit romain et de l'ancien droit français sur cette condition, l'a au contraire confirmée de la manière la plus positive par la définition contenue dans l'art. 1892. Seulement, on n'exigera pas toujours une tradition manuelle [1]; on tiendra compte des faits moraux qui sont de nature à remplacer le fait matériel [2]. Ainsi, il y aura tradition effectuée si le déposant dit au dépositaire : Je vous prête l'argent que j'ai déposé entre vos mains [3];

Ou bien si je dis à quelqu'un : Je vous prête 1,000 fr. que me doit Jacques : et que Jacques vous les paye [4];

Ou bien encore si Pierre vient m'emprunter de l'argent, et que, n'en ayant pas, je lui donne un vase d'argent qu'il vend suivant mon ordre, et dont il reçoit le prix pour l'appliquer à ses besoins [5]. C'est ce que les docteurs ont appelé le prêt civil [6].

Ces différents modes de livrer la chose ont été examinés avec beaucoup de soin par les jurisconsultes romains, à cause de la rigueur du droit qu'ils avaient à interpréter en matière de tradition [7]. En comparant la loi 34, Dig., *mandati*, qui est du jurisconsulte Africain, avec les lois 9, § *ult.*, 11 et 15, Dig., *de reb. credit.*, qui sont d'Ulpien, on aperçoit même des contradictions qui seraient de nature à étonner, si l'on ne réfléchissait qu'Africain a été l'organe d'une jurisprudence plus ancienne, plus formaliste, plus exigeante, et qu'Ulpien s'est montré plus facile parce qu'il était l'interprète d'un droit plus équitable. Cette observation a été faite par Cujas [8], et louée, avec raison, par Noodt [9]. Mais nos idées sont plus simples, et notre raison est plus à son aise au milieu de ces faits de tradition.

186. Après la tradition, vient la translation de la propriété; il est de l'essence [10] du prêt de consommation que l'emprunteur devienne propriétaire de la chose prêtée; et, comme le dit Cujas : « *Mutuum est species alienationis* [11]. »

C'est pourquoi le prêt ne saurait être confondu avec le louage. Dans le louage, le preneur use d'une chose qui appartient à un autre; dans le prêt de consommation, au contraire, l'emprunteur devient maître de ce qui lui est prêté, et c'est de sa propre chose qu'il se sert [12].

Saumaise, plus lettré que jurisconsulte, n'a pas été assez mesuré dans les idées qu'il a émises à ce sujet. Sous prétexte que le prêt est soumis à la condition de rendre, il nie qu'il contienne une aliénation de la chose, et qu'il puisse être placé parmi les moyens d'acquérir le domaine. Pothier a combattu cette erreur et rétabli la vérité par des arguments décisifs et multipliés [13]. Aujourd'hui que le Code civil a confirmé législativement la décision des lois romaines et de Pothier, il n'y a pas d'intérêt à revenir sur cette question. Une moralité ressort toutefois de cette controverse, c'est qu'il faut n'accepter qu'avec précaution les aperçus des hommes de lettres sur une science dont ils ne sont pas assez instruits.

187. De ce que le prêt de consommation transfère la propriété à l'emprunteur, l'ancien droit français, d'accord avec le droit romain, concluait d'une manière absolue que le prêteur ne fait un prêt valable qu'autant qu'il est propriétaire de la chose qu'il prête [14]. On ne peut en effet, disait-on, transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même [15]. Ainsi, si Pierre entreprend de prêter à Paul des gerbes de blé dont il n'est pas propriétaire et qui appartiennent à Jacques, il n'y aura pas de prêt; Jacques ne sera lié par un tel acte qu'autant qu'il aura donné pouvoir à Pierre de faire le prêt, ou qu'il l'aura ratifié [16]; sinon, il

[1] Diocl., l. 6 C., *si cert. petat.*
[2] Mon *Comment. de la vente*, n° 263 et suiv., surtout n° 272.
[3] Ulp., l. 9, § dernier, et l. 10, Dig., *de reb. credit.*
[4] Ulp., l. 15, Dig., *de reb. credit.* — Et loi 34, Dig., *mandati.*
[5] Ulp. l. 11, Dig., *de reb. credit.*
[6] Boiceau et Danty d'après Bartole, p. 520.
[7] Voet, *de reb. credit.*, n° 4 et 5.
[8] Traité 8, *ad Afric.*
[9] Sur le Dig., *de reb. credit.*
[10] Pothier, n° 4.
[11] Sur la loi 2, Dig., *de reb. credit.* (*Pauli ad edict.*, l b 28). — Noodt, *De reb. credit.*
[12] Domat, part. 2, liv. 1, tit. 6.
[13] N° 8.
[14] Paul, l. 2, § 4, Dig., *de reb. credit.* — Pothier, n° 4.
[15] L. 20, Dig., *de acq. rer. dom.*
[16] Le président Favre, *Ration. ad Pand.*, sur la loi 2, § 4, *in fine*, Dig., *de reb. cred.*, d'après Accurse.

pourra agir pour revendiquer sa chose, qui n'a pas cessé de lui appartenir.

Et, dans ce cas, l'emprunteur est obligé de rendre la chose même, in *individuo*, qu'il a reçue; car le contrat n'a pu l'en rendre propriétaire : *accipientis non facit*, dit Ulpien [1].

Toutefois, s'il l'a consommée de bonne foi, il n'est tenu qu'à en rendre l'équivalent [2]; absolument comme s'il y eût eu un prêt valable : car, disait-on, *consummatione mutuum fit* [3]. Mais s'il l'a consommé de mauvaise foi, le propriétaire aura contre lui l'action *ad exibendum*, ou l'action en revendication, qui ont lieu contre ceux *qui dolo desierunt possidere*. L'emprunteur est tenu de la représentation de la chose envers celui qui en est propriétaire [4].

Tels étaient les principes donnés par le droit romain, développés par les interprètes et acceptés par notre ancienne jurisprudence.

Mais il faut les concilier avec l'art. 2279 du Code civil. Or, la règle *en fait de meubles la possession vaut titre* ne permet de les conserver dans leur autorité qu'autant que la chose a été empruntée à une personne qui l'avait trouvée ou volée, ou bien que la possession de l'emprunteur est de mauvaise foi [5]. Ce n'est qu'alors que le véritable propriétaire a une action en revendication contre le tiers emprunteur; sinon l'emprunteur sera couvert par le bénéfice de l'art. 2279; il sera au même état que si la propriété lui eût été transférée; il ne sera tenu de rendre la chose, alors même qu'il ne l'aurait pas consommée, qu'à l'époque convenue.

Ainsi Pierre, à qui vous aviez confié la garde de vos récoltes, me prête un certain nombre de bottes de foin, dont j'ai besoin dans un moment de pénurie pour la nourriture de mes bestiaux. Bien que ce foin soit encore en partie sur mes greniers, vous ne serez cependant pas fondé à en réclamer sur-le-champ la restitution, pourvu que j'aie emprunté de bonne foi. En fait de meubles, la possession vaut titre; elle exclut la revendication; à plus forte raison doit-elle me faire maintenir dans le droit que me donne un contrat passé par moi de bonne foi. Tout ce à quoi je suis tenu, c'est, si vous me donnez la preuve que Pierre a abusé de votre confiance, de vous rendre l'équivalent de la chose aux époques et de la manière convenues.

188. L'ancien droit faisait une autre application du principe que pour prêter il faut être propriétaire de la chose. Prenant en considération les incapacités qui enlèvent à une personne la libre disposition de son patrimoine, il décidait que le prêt fait par le mineur ou l'interdit était nul de cette nullité relative dont sont frappés les engagements des incapables.

Écoutons les textes :

« *Ideo si mutuam pecuniam*, disent les Institutes de Justinien [6], *pupillus alicui*, » *sine tutoris auctoritate dederit, non contra-* » *hit obligationem, quia pecuniam non facit* » *accipientis; ideoque nummi vindicari pos-* » *sunt, sic ubi existent.* »

En conséquence, le droit romain donnait au mineur l'action en revendication pour reprendre sa chose encore extante. Mais si elle avait été consommée de bonne foi, et que, par conséquent, la revendication en fût impossible, on lui attribuait l'action personnelle appelée *condictio* [7]. Si la consommation avait été de mauvaise foi, on avait recours à l'action *ad exiben dum* [8].

Ces distinctions d'action doivent peu nous arrêter sous le Code civil; mais le principe reste. Les mineurs et interdits, n'ayant pas la disposition de leur chose, ne peuvent, en effet, la prêter par un genre de prêt qui entraîne une transmission de la propriété au profit de l'emprunteur. En conséquence, ils sont maîtres d'exiger que l'emprunteur rende la chose ou son équivalent, sans être liés par les époques de remboursement fixées par le contrat. Ce contrat ne les engage pas; il n'oblige que l'emprunteur,

[1] L. 13, Dig., *de reb. cred.*

[2] Julianus, l. 19, § 1, Dig., *de reb. cred.*

[3] *Infra*, nos 194 et 203. — Noodt n'adopte pas que la consommation fasse un prêt : il s'élève contre cette doctrine et n'accorde que la condiction *sine causa*. (*De reb. creditis.*)

[4] Pothier, no 7; Noodt, *loc. cit.*

[5] *Voy.* mon *Comment. de la prescription*, nos 1052 et suiv.

[6] *Quib. alienare non licet.* § 1. — *Junge* Caius, 2, *comm.*, 80, 82, 84. Le texte est tronqué. — Arg. d'Ulp., l. 11, § 2, Dig., *de reb. credit.* — Pothier, no 4.

[7] *Condici possunt.* Inst., *loc. cit.*

[8] *Id.* et Vinnius sur ce texte. — Ducaurroy, t. 1, no 507.

ainsi que nous le verrons bientôt avec plus de détails [1].

189. Mais revenons à la définition du prêt à usage, et continuons à analyser les éléments dont elle fait un faisceau afin de porter la précision sur l'intelligence de ce contrat.

Cujas, dont nous avons donné le texte ci-dessus [2], et l'art. 1892 du Code civ., imposent à l'emprunteur l'obligation de rendre. Sans cette condition, le contrat ne serait pas un prêt : il serait une donation [3]; l'obligation de rendre complète son caractère.

Cujas ajoute que la restitution doit se faire avec des choses du même genre, mais non pas en même espèce [4]. C'est en effet ce que dit expressément le jurisconsulte Paul dans la loi 2 au Dig., *de reb. cred.* : « *Mutuum damus recepturi, non eamdem speciem » quam dedimus (alioquin commodatum erit, » aut depositum), sed idem genus; nam si aliud » genus, veluti pro tritico vinum recipiamus, » non erit mutuum.* » Le jurisconsulte appelle espèce ce que les dialecticiens ont coutume d'appeler individu [5]; et ce que les dialecticiens appellent espèce, c'est-à-dire universalité contenant plusieurs individus, il l'appelle genre [6].

Notre article, pour rendre la même idée, se sert du mot espèce, comme synonyme du mot genre employé par Paul et Cujas; il s'en sert dans le sens propre et philosophique, signifiant une division du genre, une réunion de plusieurs êtres ou de plusieurs choses sous un caractère commun qui les distingue des autres êtres, des autres choses appartenant au même genre [7]; il s'en sert, en d'autres termes, comme de l'opposé à individu. Si l'emprunteur était tenu de rendre la chose individuellement, ce serait un prêt à usage et non un prêt de consommation. S'il était tenu de rendre des choses d'une autre espèce, ce ne serait pas un prêt de consommation, ce serait un échange [8].

190. Non-seulement l'emprunteur doit rendre des choses de même espèce et qualité, mais il doit en rendre autant [9]. Il serait en faute s'il rendait moins; il serait lesé s'il rendait plus.

Je vous prête 10 à condition que vous me rendrez 11; suivant Proculus et Ulpien vous n'êtes tenu qu'à me rendre 10 [10].

Toutefois, si je vous prête 10 n'exigeant de vous que 9, ce pacte vaudra pour 9. J'ai pu diminuer mon droit; je ne dois pas aggraver le vôtre [11].

Mais nous reviendrons sur la restitution de la chose quand nous commenterons les art. 1895, 1896, 1897.

191. Dans l'ancien droit, le prêt de consommation devait être nécessairement gratuit. On disait : De même que le commodat, qui est une sorte de *mutuum* pour l'usage, est gratuit, de même le *mutuum*, qui est comme un commodat pour la consommation de la chose, doit avoir le cachet de la gratuité. Cujas, que je ne fais que traduire, rapporte ces paroles de Nonius Marcellus qu'il approuve avec chaleur : « *Ho-*

---

[1] *Infra*, nº 202.

[2] Nº 181.

[3] Toujours nourri de la fleur de la littérature latine, Cujas cite à ce propos ces vers d'Ovide sur la vie de l'homme, dont il doit compte à son Créateur :

« Vita data est; utenda data est sine fœnore nobis
» MUTUA, nec certa persolvenda die. »

Sa mémoire lui rappelle aussi ce mot de Cicéron : « *Natura dedit usuram vitæ tanquam pecuniæ, nulla præstituta die.* » (Tuscul., lib. 1, c. 39.) — *Junge* Noodt, *de reb. cred.*

[4] Le texte des Assises de Jérusalem (assises des bourgeois, art. 47) porte ce qui suit :

« Tous homes doivent savoir que celui qui preste sien » au altre n'est mie tenu par droit de recevoir autre chose » se non telle come il presta, et de au tel valour et de au » tel bonté si com il est; se il vous presta froment, tu ne » li dois rendre orge, et se il presta huile, tu ne li dois » mie rendre vin; et se il te presta besanz (le besant » était une monnaie d'or des empereurs de Constantinople, en latin, *bysantinus, bysantius*; Voy. *Ducange* et » *Carpentier*), tu ne li dois rendre deniers. Mais la raison commande che tu es tenu de rendre itel chose » come il te presta.

» Et si vous mostrera raison pourquoi. Pour ce que » avient maintes fois que le besant vaut 3 sols et telle fois » vaut 10 sols, et dou froment telle fois le mu un besant, » et l'orge telle fois 3 mus a besant : et pour ce, commande la loi et l'assise, que il n'est *mie droit* que vous » li doiez rendre deniers pour besanz, ne orge pour froment : mais au tel chose come il te presta, au tel li » dois rendre par droit. Ne la court ne doit nulluy » destreindre de prendre autre chose que ce que il le » presta, et il ne veut, et che la chose doit être de au tel » valour et de au tel bonté come elle était quand il te la » presta. » — *Junge* loi salique, 5, tit. 54. — Et loi ripuaire, 5, tit. 51.

[5] Favre, sur cette loi.

[6] *Ibid.*

[7] *Voy.* la Logique de Port-Royal, 1re partie, ch. 7 : « Les idées *communes* qui sont sous une plus commune » et plus générale s'appellent *espèces.* »

[8] Favre, sur la loi 2, Dig., *de reb. cred.* *Voy.* l. 5, § 1. — Dig., *de præscript. verbis.* Noodt, *loc. cit.*, p. 214.

[9] Art. 1892, 1902.

[10] L. 11, § 1, Dig., *de reb. credit.* — *Junge* Paul, l. 17, Dig., *de pactis.*

[11] Ulp., l. 11, § 1, Dig., *de reb. credit.*

« *nestius mutuum est, quod* SUB AMICO AFFECTU » *fiat meum tuum, usu temporis necessarii* [1]. »

Aussi mettait-on, dans le droit romain, une grande différence entre le *mutuum*, qui était gratuit, et le *fœnus*, qui ne l'était pas [2]. Les textes distinguaient la gratuité et l'intérêt, en donnant à l'une et à l'autre combinaison des noms divers qui exprimaient une diversité profonde dans les choses.

192. Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi : la gratuité est de la nature du prêt de consommation, mais elle n'est pas de son essence, et nous verrons plus bas que l'on peut stipuler un intérêt sans que le contrat perde son nom et passe dans une autre classe de conventions [3].

193. Quoique parfait par la chose, le prêt ne peut se passer du consentement réciproque des parties [4].

Donc, si je vous donne mille à titre de dépôt, et que vous les acceptiez à titre de prêt, il n'y a ni prêt ni dépôt [5]. Je pourrai revendiquer la chose, comme n'ayant pas cessé de m'appartenir ; la force majeure sera à mes risques et périls.

194. Si cependant vous avez dépensé la somme que je vous ai comptée, dans la croyance où vous étiez que je vous l'avais prêtée, cette consommation met les choses au même état que si un prêt fût intervenu [6]. En effet, elle supplée au défaut de consentement pour l'aliénation de l'objet livré ; elle fait que vous avez agi en propriétaire, c'est-à-dire en emprunteur qui a cru qu'il pouvait se servir de la chose à sa volonté, sauf restitution de l'équivalent, et qui, en effet, s'en est servi par suite d'un fait émané de moi. C'est pourquoi Doneau dit très-bien : « *Recte dicitur mutuum con-* » *sumptione confirmari* [7]. »

195. Maintenant, voyons un autre cas. Je vous donne mille à titre de donation absolue ; mais vous, comprenant mal ma pensée, vous croyez que je ne vous ai fait qu'un simple prêt. Qu'y aura-t-il entre vous et moi ? ou bien que n'y aura-t-il pas ?

Suivant Ulpien, nul consentement n'a eu lieu ; point de donation par conséquent, ni même de prêt. J'aurai contre vous la condiction *sine causa*, à moins que vous n'ayez consommé les mille avant mon changement de volonté ; auquel cas la consommation faite suivant votre volonté antérieure et constante ne vous permet pas de revenir sur des actes accomplis. Il y aurait de votre part mauvaise foi [8], et la donation l'emporte par la force des faits accomplis : *Reconciliatur donatio* [9].

Cette décision d'Ulpien est en opposition avec le sentiment de Julianus, qui décide que, malgré le non-accord existant entre celui qui croit donner et celui qui croit emprunter, il intervient tout au moins un prêt entre les parties [10]. En effet, ce qu'il y a de plus grave dans le prêt, c'est-à-dire la translation de la propriété, se rencontre ici. Celui qui a donné a voulu transférer la propriété ; celui qui a reçu à titre de prêt a aussi entendu devenir propriétaire : les deux volontés se sont donc trouvées d'accord sur ce point. Et comme la partie est contenue dans le tout, il est bien difficile de penser que celui qui a voulu donner n'ait pas voulu prêter à plus forte raison ; d'où il suit que, même sur la cause de la tradition, il n'y a aucun effort à imposer aux contractants pour les trouver d'accord.

Ces deux opinions si nettement opposées d'Ulpien et de Julianus ont fort tourmenté les interprètes. On a tenté des conciliations diverses. Doneau en donne une [11] que Vinnius, son imitateur, a reproduite [12], et qu'adopte Pothier [13]. Elle consiste à dire que Julianus n'a envisagé que la subtilité du droit en matière de translation de propriété, et qu'Ulpien a été, au contraire, plus

[1] 11, observ. 37. « *Hæc verba*, dit Cujas, *mihi magnopere placent, propterea quod indicant honestum id* » *non esse quod sub ovido fœnore, non sub amico affectu,* » *fit.* »

[2] *Id.*

[3] Art. 1905 et suiv.

[4] Saumaise, ch. 5, p. 109.

[5] Ulp., l. 18, § 1, Dig., *de reb. credit.* — Pothier, nº 16.

[6] Ulp., l. 18, et l. 18, § 1, Dig., *de reb. credit.* — Doneau, sur cette loi, nº 5, l. 10, p. 297. — Pothier, nº 16.

[7] Sur la loi 11, § *si fugitivus*. Dig., *de reb. credit.*, l. 10, p. 220, nº 6.

[8] L. 18, Dig., *de reb. credit.*

[9] Favre, sur cette loi. — Doneau, sur ce même texte, nº 4, qui dit : « Quamvis nulla transferendæ pecuniæ » causa sit, est tamen aliqua retinendæ, quo si nihil » transfert, tamen facit, ut pecunia a dante honeste re- » peti non possit. »

[10] L. 36, Dig., *de acq. rer. dom.* — Ulp. nous apprend, l. 18 précitée, que Julianus repoussait la donation.

[11] Sur la loi 18, Dig., *de reb. credit.*, nº 6.

[12] *Quæst. selectæ*, lib. 2, c. 35.

[13] Nº 17.

préoccupé des effets réels de cette translation. Se contente qui voudra de pareilles explications! j'aime mieux la franchise de Noodt [1], qui s'avoue incapable de faire disparaître une aussi évidente antinomie. Et, pour moi, j'adopte le sentiment de Julianus de préférence à celui d'Ulpien. Tel est aussi l'avis du président Favre [2]. En d'autres termes, il y a accord pour rendre propriétaire celui qui a reçu la chose; il y a accord implicite pour la lui laisser à titre de prêt; et la personne qui voulait donner d'une manière absolue aurait mauvaise grâce si, par un revirement inexplicable de volonté, elle refusait un prêt.

196. Nous venons d'examiner les principes qui dominent le *mutuum*, soit quant aux choses qui sont l'objet de ce contrat, soit quant à la délivrance et à la translation de propriété, soit quant à l'obligation de rendre, soit quant à la gratuité et au consentement.

Il nous reste à exposer quelques traits particuliers qui achèvent de le faire connaître dans tous ses détails.

197. Le prêt est du droit des gens [3], il dérive des sentiments affectueux communs à tous les hommes. Il rapproche les amis; il cimente leur union [4]. Alors même qu'il cesse d'être gratuit, il est encore le mobile et l'agent principal du commerce entre les peuples. Il lie les étrangers aux nationaux, et unit les sujets et les gouvernements par la chaîne du crédit public et particulier. Il se régit par les règles du droit naturel.

198. Il est unilatéral, « *est ab uno latere obligatorius*, » dit Noodt [5]. On se rappellera ici les considérations générales auxquelles nous nous sommes livré ci-dessus sur la nature du contrat dont il est une des espèces [6].

Le *mutuum* a même, à un plus haut degré que le commodat, le caractère unilatéral. Dans le droit romain, en effet, le commodat était étayé d'une action contraire donnée contre le prêteur, outre l'action directe qui avait lieu contre l'emprunteur. Mais il ne sortait du *mutuum* que la condiction contre l'emprunteur, et ce dernier n'avait contre le prêteur qu'une exception.

Vainement objecterait-on que, dans un passage des *Commentaires* de Caius [7] et dans le § 1er des *Institutes : quib. alienare non licet*, il est parlé des obligations du prêteur à consommation. Vainement invoquerait-on l'intitulé de la section 2 de ce chapitre, portant : *Des obligations du prêteur* [8]. Sans doute! mais la réponse se trouve dans les raisonnements que nous avons présentés au n° 7. Il ne s'agit pas d'une obligation naissant de la nature du contrat. Ce ne sont que des devoirs inhérents à l'exécution de bonne foi que doit recevoir le prêt de consommation [9].

199. C'est pour cela que dans le droit romain le *mutuum* était placé dans la classe des contrats *stricti juris* [10], tandis que le commodat appartenait à la catégorie des contrats de bonne foi [11]. Toutes les fois qu'un contrat ne donnait naissance qu'à une action unique sans réciprocité, il était contrat *stricti juris*.

200. Enfin le *mutuum* est un contrat de bienfaisance [12]. Les canonistes et les théologiens ont fait ressortir ce caractère du *mutuum* avec insistance, et l'ont opposé au prêt à intérêt que l'esprit du lucre rendait si défavorable à leurs yeux.

201. Il faut voir à présent les personnes entre lesquelles le prêt peut intervenir.

Et d'abord occupons-nous de la capacité du prêteur.

202. Nous avons déjà vu au n° 188 que les mineurs et les interdits ne peuvent faire un prêt valable; nous avons dit, à ce propos, que le droit romain faisait découler pour eux la prohibition de prêter de la prohibition d'aliéner, et que dans cet ordre d'idées le prêt se trouvait manquer, en ce qui concerne l'incapable, d'une de ses conditions

[1] *De reb. credit.*

[2] *Juliani ratio, quæ mihi fortior videtur.* Il reconnaît aussi l'antinomie. — (Sur la loi 18, Dig., *de reb. credit.*)

[3] Noodt, *de reb. credit.* — Pothier, n° 18.

[4] Plaute fait dire à un de ses personnages :

Supplicabo, exobsecrabo, et quemque amicum videro,
. . . .
Nam si mutuo non potero, certum est sumam fœnore.

(Asinaria.)

[5] *Loc. cit.* — Pothier, nos 20 et 51.

[6] *Supra*, n° 7.

[7] 2, *comm.*, 80.

[8] *Infra*, n° 244.

[9] Cambacérès, *infra*, n° 244.

[10] Noodt, *de reb. credit.* — Voet, n° 3. — Arg. des Instit., *de action.*, § 28.

[11] Instit., *de act.*, § 28.

[12] Pothier, n° 19. *Supra*, n° 191.

essentielles, savoir : la translation de la propriété de la chose prêtée. En effet, l'emprunteur n'avait pu être investi de la propriété de la chose au regard du mineur, qui n'avait pas le droit de l'aliéner.

Ces notions n'avaient rien qui ne fût légitime, à la condition toutefois de renfermer dans la personne du mineur la nullité de l'obligation et les vices du transport de la chose.

Mais certains interprètes, franchissant les limites d'une nullité relative, et se plaçant au point de vue d'une nullité absolue, avaient poussé jusqu'à l'iniquité cette décision du droit romain qui voulait que la propriété ne fût pas transférée. Ils disaient donc : Sans doute, si la chose prêtée vient à être consommée par l'emprunteur, le mineur aura une action contre ce dernier; la consommation en sera le principe. Mais s'il n'y a pas eu de consommation, et si, par exemple, un instant après que l'argent a été prêté, il vient à être volé à l'emprunteur par force majeure, cet argent aura péri pour le mineur : *res perit domino*. Le mineur n'en a pas légalement transféré la propriété; c'est lui qui est resté propriétaire. La perte doit donc retomber sur lui.

Telle était la doctrine adoptée et défendue par Doneau [1]. Accurse l'avait trouvée inique, ainsi que l'avouc cet auteur en le combattant; Accurse ne comprenait pas comment la condition du mineur aurait pu se trouver plus mauvaise que celle du majeur, moins protégé que lui.

Si ces discussions ont pu avoir quelque importance avant le Code civil, elles l'ont, à l'heure qu'il est, entièrement perdue, et l'avis d'Accurse ne saurait souffrir aucune difficulté [2]. Les contrats passés par les mineurs n'étant atteints que d'une nullité relative [3], quel cas peut-on faire du sentiment de Doneau, qui ne tend à rien moins qu'à faire planer sur l'engagement une nullité absolue?

203. On enseigne quelquefois que, lorsque la chose a été consommée de bonne foi par l'emprunteur, qui ignorait la minorité, le prêt a été convalidé par la consommation [4].

Cette opinion, que l'on appuie sur la loi 19, § 1, Dig., *de reb. cred.*, et sur le § 2 des Institutes, *quib. alien. non licet*, ne me paraît pas trouver dans ces textes un soutien solide. Les lois invoquées ne font que qualifier l'action du mineur pour être payé, action dont le nom varie suivant que les choses sont extantes ou qu'elles ont été consommées de bonne ou de mauvaise foi [5]; mais elles ne disent pas que le vice du prêt est purgé. Et comment cette circonstance pourrait-elle changer l'état des choses, et imposer au mineur un engagement qui ne peut résulter que d'un pacte valable [6]? N'est-ce pas le cas, dès lors, de repousser avec Noodt cette maxime souvent fautive : *Consummatione mutuum fit* [7]?

204. Le mineur émancipé et celui à qui il a été donné un conseil judiciaire, ne pouvant pas aliéner leurs capitaux, ne sont pas plus capables de les prêter que le mineur et l'interdit.

205. La femme séparée de biens peut disposer de son mobilier. Elle peut donc prêter.

206. Nous nous sommes occupé, au n° 187, du prêt fait *a non domino*.

207. En parlant des mineurs et des incapables, nous avons dit que le droit romain, rigoureusement conséquent au principe qui place dans le prêt une aliénation, rattachait le droit de prêter au droit d'aliéner, et nous avons suivi cette idée dans notre exposition des incapacités dont nous avons traité jusqu'à présent.

D'un autre côté, cependant, nous trouvons plusieurs cas où le droit de prêter est corrélatif au droit d'administrer. C'est ainsi que la loi 11, Dig., *de usuris*, donne à l'administrateur d'une cité le pouvoir de prêter les deniers à elle appartenant; c'est ainsi encore qu'il résulte de la loi 15, Dig., *de adm. et peric. tutor.*, que le tuteur peut prêter les deniers du pupille [8].

Mais tout cela se concilie à merveille, et la contradiction n'est qu'apparente. Le tuteur, précisément parce qu'il est chargé d'administrer les biens du pupille en bon père de famille [9], a le droit d'aliéner les meubles appartenant au mineur [10], afin que le patrimoine de ce dernier ne soit pas appauvri

[1] Sur la loi 19, § 1, Dig., *de reb. cred.*, n° 2.
[2] *Junge* Toullier, t. 7, n° 6.
[3] Art. 1125, Code civ.
[4] Voet, n° 8. — Pothier, n° 7, 21. — Duranton, t. 17. n° 567.
[5] *Supra*, n° 188.
[6] *Junge* Duvergier, n° 155.
[7] *Supra*, n° 187.
[8] Voet, *de reb. cred.*, n° 7.
[9] Art. 450, Code civ.
[10] Art. 452, Code civ.

par la détérioration dont ce genre de propriété est susceptible. Il faut même qu'il fasse emploi des capitaux d'une manière utile et qu'il les rende productifs [1]. Le prêt n'excède donc pas les bornes de son administration; il est le corollaire du droit dont il est investi, d'aliéner, pour un plus grand profit, le mobilier du mineur.

208. D'après le jurisconsulte Paul, l'associé qui prête l'argent appartenant à la société n'oblige celle-ci qu'autant qu'il a son consentement ou ses pouvoirs ; sinon, le prêt ne vaut que pour sa part [2]. C'est toujours la suite du même principe. L'associé ne peut aliéner les choses même mobilières de la société [3]; donc il dépasse son droit en les prêtant à consommation. Voilà la règle logique et pratique.

En fait cependant, il n'est pas impossible de se trouver conduit à d'autres résultats. Le prêt à intérêt étant un moyen de féconder les capitaux, et, d'un autre côté, les capitaux d'une société ne devant pas rester oisifs, on conçoit qu'il peut être quelquefois d'une bonne administration de placer à intérêt, à de courtes échéances et avec de bonnes sûretés, la portion flottante de l'avoir social; alors le prêt peut rentrer dans la catégorie des actes d'administration autorisés par l'art. 1859 du Code civil.

Néanmoins il ne faudrait pas abuser de ce tempérament, et la règle de Paul est vraie dans les cas les plus nombreux. Le capital social doit rester disponible dans les mains de la société pour ses affaires propres; il serait dangereux qu'un associé se permît d'en disposer par des prêts qui gêneraient le mouvement social.

209. Passons à la capacité de l'emprunteur.

De sages précautions défendent l'emprunt aux mineurs [4], même aux mineurs émancipés [5], et aux prodigues [6]. De tous les contrats, celui qui est le plus propre à surprendre la faiblesse des esprits irréfléchis, c'est l'emprunt. Il est semé de piéges, de dangers, de déceptions! il précipiterait la ruine des familles et des mœurs, si le législateur ne s'était montré vigilant [7].

210. Le tuteur lui-même ne peut emprunter sans l'autorisation du conseil de famille [8].

211. Ulpien parle, dans la loi 27 Dig., *de reb. cred.*, des emprunts faits par les municipalités. Il décide que l'emprunt ne réfléchit contre elles que lorsque l'argent a tourné à leur profit; qu'autrement il n'y a d'obligés que ceux qui ont contracté pour elles [9], à moins qu'ils n'aient eu un pouvoir légal pour contracter l'emprunt [10].

Dans le droit moderne, l'emprunt est considéré pour les municipalités comme une ressource extraordinaire, à laquelle il ne faut recourir que dans une nécessité bien reconnue. Les villes dont le budget atteint ou dépasse 100,000 fr. ne peuvent emprunter qu'en vertu d'une loi [11]. Mais lorsqu'une commune n'a pas 100,000 fr. de revenus, les emprunts proposés par les conseils municipaux peuvent être effectués moyennant une ordonnance du roi [12].

212. Dans le droit romain, le célèbre sénatus-consulte macédonien donnait au fils de famille majeur, à qui de l'argent avait été prêté, une exception contre son créancier ; et ce dernier était sans action pour exiger son payement [13]. Le sénat avait voulu prévenir les emprunts qui poussaient les jeunes gens à la dissipation et à la débauche, et qui, après les avoir perdus d'usures, leur suggéraient de funestes desseins contre la vie de leurs parents.

Ce système n'est plus en vigueur sous le Code civil; il n'a pu survivre à la chute de la puissance paternelle au delà de la minorité.

213. Les emprunts faits par une société ou par ses administrateurs ont été traités dans notre *Commentaire du titre de la société* [14].

[1] Art. 455, 456.
[2] Paul, l. 16, Dig., *de reb. credit.* (lib. 32 *ad edict.*). —Voet, n° 7, Favre, *Ration.* sur cette loi — Cujas, dans son commentaire de Paul.
[3] Mon *Comment. de la société*, t. 2, n° 744.
[4] Despeisses, *du Prêt*, sect. 1, n°s 4 et 5, cite les textes.
[5] Art. 483, Code civ.
[6] Art. 513, Code civ.
[7] Toullier, t. 7, n° 589.
[8] Art. 457, Code civ.
[9] *Junge* Noodt, *de reb. cred.*
[10] Voet, n° 11.
[11] Loi du 15 mai 1818, art. 43.
[12] *Id.*—Leber, *Histoire critique du pouvoir municipal*, p. 582.
[13] Instit. de Justinien, *quod cum eo qui*, § 7.— Ulp., l. 1, Dig., *ad senatusc. Maced.* — Tacite, *annal.*, 11, 13. — Suetone, *in Vesp.*, 11.
[14] T. 2, n° 684.

214. La femme mariée est capable d'emprunter avec l'autorisation de son mari [1]. Tous les jours on voit des femmes séparées de biens emprunter en leur propre nom, avec l'autorisation de leurs maris. Il arrive aussi très-souvent que la femme commune emprunte conjointement avec son mari, et parle dans l'acte pour joindre son crédit à celui de son époux.

215. Au surplus, le droit d'emprunter appartient à tous, à moins que la loi n'en décide autrement. Il est de droit commun.

216. Le contrat de prêt n'est assujetti à aucune forme extérieure qui sorte des règles ordinaires.

217. Mais quand il est accompagné d'une stipulation d'hypothèque, il se revêt de la forme solennelle particulière à ce genre de contrat. C'est un de ces cas où l'accessoire l'emporte sur le principal.

218. Maintenant, à l'aide des notions dont nous venons d'être l'écho, il sera facile de se faire des idées justes sur le prêt de consommation. On saura le distinguer, soit qu'il se présente à nu, soit qu'il se cache derrière des combinaisons plus ou moins compliquées. Entrons cependant encore dans quelques explications.

Si par exemple, une personne, prévoyant la possibilité d'avoir besoin d'argent pour un voyage à Naples, demande à un de ses amis, banquier à Paris, de lui faire avoir un crédit sur un autre banquier de Naples, et que ce dernier fasse bon accueil à la lettre de son correspondant, ce contrat contient trois choses :

1° Un crédit ouvert [2], ou une promesse de prêt que le banquier de Naples fait au voyageur. Ce n'est pas encore là un prêt; il n'y a rien de livré; une condition essentielle du prêt manque. C'est donc un simple crédit. « Mutuum esse non potest, nisi proficiscatur pecunia; creditum autem interdum, » etiam si nihil proficiscatur [3]. » Tout se réduit à une promesse obligatoire du côté du banquier.

2° Si le voyageur fait usage du crédit, il y aura alors un prêt; la numération des espèces fera passer de la promesse au contrat proprement dit; autant il y aura de payements réalisés, autant il y aura de prêts distincts.

3° Enfin, le banquier de Paris cautionne le voyageur, et ce cautionnement est soumis à la condition que son recommandé fera usage du crédit.

219. Le prêt de consommation a des rapports de similitude et de dissemblance avec l'usufruit de choses fongibles [4]. Le rapport consiste en ce que, dans l'un et l'autre cas, l'emprunteur et l'usufruitier deviennent propriétaires de la chose et la consomment par l'usage, et que l'un et l'autre sont tenus à la restitution.

La différence est : 1° que l'emprunteur n'est pas astreint à fournir caution, tandis que l'usufruitier en doit une (art. 601);

2° Que l'usufruit s'étend, de droit, jusqu'à la mort de l'usufruitier (art. 617, Code civ.), tandis que le prêt fait sans terme autorise le prêteur à demander son remboursement quand il lui plaît, sauf les tempéraments prescrits par les art. 1900 et 1244 Code civ.;

3° Que l'usufruit est toujours éteint par la mort de l'usufruitier, tandis que le prêt fait pour un temps déterminé survit au décès de l'emprunteur;

4° Que l'usufruitier peut se libérer, soit par la restitution en nature, soit par le payement du prix estimatif (art. 587), tandis que l'emprunteur n'a pas cette option (articles 1872, 1877, 1902, Code civ.);

5° Qu'au cas d'option pour se libérer par le payement du prix des choses reçues, on doit se reporter au temps de la délivrance faite à l'usufruitier; qu'au contraire, dans le prêt, lorsque l'emprunteur ne peut rendre la chose en nature, il ne peut la remplacer que par une estimation faite eu égard au temps où la chose devait être rendue d'après la convention (art. 1903).

220. Au surplus, quand nous serons parvenus au chapitre du *Prêt à intérêt*, nous examinerons plusieurs analogies qui compléteront la comparaison du prêt avec d'autres contrats [5].

221. Passons à présent aux art. 1895, 1896 et 1897; ils mettent le dernier trait aux principes relatifs à la restitution de la chose prêtée.

---

[1] Art. 217, Code civ.

[2] Mon *Comment. des hypothèques*, n° 478.

[3] Paul, l. 2, § 3, Dig., *de reb. cred.* (lib. 28 *ad edict.*). — *Junge* Ulpien, l. 1, Dig., *de reb. credit.* : « Credendi » generalis appellatio est. »

[4] Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 69.

[5] N°s 326, 365, 366, 369, 383, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392.

ARTICLE 1895.

L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement.

ARTICLE 1896.

La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu si le prêt a été fait en lingots.

ARTICLE 1897.

Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela.

SOMMAIRE.

222. De la restitution de la chose prêtée.
223. Division de la matière.
224. Restitution des denrées prêtées. Conditions requises.
225. Comment s'apprécient la qualité et la bonté de la chose restituée.
226. Suite. Question agitée par les docteurs.
227. De la restitution dans le prêt de lingots.
228. De l'obligation de rendre dans le prêt d'argent monnayé. Différence entre cette obligation et celle du prêt de lingots et denrées. Elle consiste à rendre la somme numérique.
229. Ce qu'on doit entendre par le cours de l'argent. Distinction entre le cours commercial et le cours légal.
230. Suite.
231. Suite.
232. Suite. Application à des exemples.
233. Dans la monnaie, on ne considère pas les corps. On n'a égard qu'à la valeur qu'elle représente.
234. État des opinions avant l'art. 1895, sur ce point de droit.
235. Suite.
236. Suite. Motifs qui viennent à l'appui de l'art. 1895.
237. Objection résolue.
238. Suite.
239. Autre objection contre l'art. 1895, et réponse.
240. Il n'est pas permis de stipuler que l'emprunteur indemnisera le prêteur de la perte que pourra lui faire éprouver le payement en monnaie courante.
241. Le payement peut se faire en pièces ayant cours, différentes de celles qui ont été prêtées.
242. Suite. Exemples.
243. Limitation apportée à cette règle.

COMMENTAIRE.

222. Dans les art. 1895, 1896, 1897, le législateur revient sur la restitution de la chose prêtée, dont il avait touché quelque chose dans l'art. 1892. On se rappelle ce que nous avons dit là-dessus dans les numéros 189 et 190.

223. Les principes qui gouvernent le payement dû par l'emprunteur doivent être examinés sous deux points de vue : 1° par rapport aux denrées et lingots qui ont été prêtés; 2° par rapport aux prêts d'argent [1].

224. Quand on a prêté des denrées, comme du vin, de l'huile, du blé, le débiteur est libéré quand il rend la même quantité et la même qualité. Il ne suffirait pas de rendre la même quantité; il faut encore que les choses soient de même qualité et bonté [2]. L'emprunteur manquerait à la

[1] *Supra*, n° 189.

[2] « Non satis est, dit Cujas, in facienda solutione, si « conveniat numerus; convenire etiam debet qualitas. » — Sur la loi 2, § 1, Dig., *de reb. cred.* (lib. 28, *Pauli ad edict.*).

reconnaissance [1] s'il constituait le prêteur en perte, soit parce qu'il lui rendrait une quantité moindre, soit parce que, les quantités étant égales, il rendrait une qualité plus mauvaise. L'obligation de rendre autant en quantité et bonté, est de droit; elle n'a pas besoin d'être exprimée. C'est ce que disait Pomponius sous une jurisprudence plus attachée aux mots que la jurisprudence française [2]; combien à plus forte raison sous le Code civil ?

225. Mais comment s'apprécient la qualité et la bonté de cette matière? Suffit-il de tenir compte de la qualité et de la bonté intrinsèque, ou bien faut-il tenir compte de la valeur vénale et du cours au moment du payement ?

La bonté intrinsèque est la seule qu'on doive prendre en considération; c'est celle-là qui est la vraie. Quant au cours, il se règle moins sur la bonté des denrées que sur des circonstances accidentelles, telles que la rareté ou la disette. Il suffit donc de payer en même qualité et bonté, bien que la valeur ne soit pas la même [3]. D'ailleurs, comme le dit Doneau : « *Cum* RES SOLA FUERIT IN OBLIGATIONE, *debitor rem solvendo liberatur ; nec necesse habet addere quod deest præcedentis temporis estimationi,* QUAM NON DEBUIT [4]. »

226. D'accord sur ce point, les docteurs ont coutume d'examiner la question suivante : Suffit-il que la quantité et la bonté soient égales? faut-il exiger que, sous tous les autres rapports, il y ait égalité de qualité ?

Par exemple, je vous ai prêté dix tonneaux de vin nouveau, et vous me rendez dix tonneaux de vin vieux qui est meilleur : ce payement sera-t-il valable ? Non, dit Accurse : les qualités doivent être identiques.

Mais le président Favre pense que c'est pousser trop loin le scrupule de l'égalité : nul n'est blâmable lorsque volontairement, il paye plus qu'il ne doit, et ici, c'est payer davantage que de payer en un vin meilleur. Ce qui est défendu, c'est de payer en une chose moins bonne. *Non licet debitori deteriorem rem reddere*, dit Pomponius [5]; mais où est-il défendu d'en payer une meilleure [6]?

Je serai de l'avis du président Favre toutes les fois que le prêteur gagnera à cette substitution. De quoi se plaindrait-il ? l'intérêt n'est-il pas la mesure des actions ? n'y aurait-il pas caprice de sa part à refuser un avantage qui lui est fait ? Mais il ne faut pas croire pourtant que, dans l'espèce posée, je condamne nécessairement Accurse. Point du tout : il y a tel cas donné où le vin nouveau, quoique momentanément inférieur à du vin vieux, est cependant destiné à devenir infiniment meilleur en vieillissant. Pourquoi, dans ce cas, priver l'emprunteur de la qualité sur laquelle il a dû compter et qui deviendra pour lui une cause de bénéfice ? Si, par exemple, il avait droit à l'espèce de vin de la récolte de l'année de la comète ou de l'année 1834, ne serait-ce pas le constituer en perte que de le forcer à recevoir des vins de 1810 ou de 1829, sous prétexte qu'ils sont plus vieux ?

Il y a donc beaucoup de justesse, au moins en général, dans la décision d'Accurse; il faut s'y tenir, d'autant que les termes de l'art. 1897 forcent le juge à se référer à la quantité et à la qualité.

227. Quand, au lieu d'avoir pour objet des denrées, le prêt porte sur des lingots, on suit toutes les règles que nous venons de retracer. Les lingots sont des choses marchandes, et ils sont assimilés par la loi aux denrées pour ce qui concerne l'obligation de rendre.

228. Mais d'autres principes dominent quand il s'agit de prêt d'argent monnayé. Tandis que les denrées et les lingots doivent être rendus sans avoir égard au cours du marché ou de la place, et que leur valeur n'est jamais prise en considération; tandis que l'on ne tient compte que des quantités et qualités prêtées; l'argent monnayé, au contraire, se rend avec les espèces monétaires ayant cours lors du payement. On ne s'informe pas du nombre et de la qualité des pièces prêtées, mais bien du nombre et de la valeur des pièces nécessaires pour parfournir, au jour du payement, la somme

[1] Voy. *infra*, n° 339, ce que disent à cet égard Hésiode et Cicéron.

[2] L. 3, Dig., *de reb. credit.* — Noodt, *de reb. credit.*, p. 214, col. 1.

[3] Favre, d'après Accurse, sur la loi 3, Dig., *de reb. credit.* — Noodt, *loc. cit.* — *Junge* l. 1, § 2, Dig., *de oblig. et action.* — Doneau, sur la loi 3, Dig., *de reb. credit.*, n° 9. — Art. 1897, Code civ.

[4] *Loc. cit.*, n° 9.

[5] L. 3, Dig., *de reb. cred.*

[6] Sur la loi 3, Dig., *de reb. credit.*

numérique. Que la monnaie ait été augmentée ou diminuée par le fait du prince, ce sont là des accidents qu'il faut subir. Le prêteur n'a droit, dans tous les cas, qu'à la somme numérique, à la valeur fournie. Peu importe qu'il reçoive plus ou moins de pièces qu'il n'en a donné.

229. Mais quand nous parlons du cours des espèces au moment du payement, il faut nous entendre sur le sens de ceci. Il y a deux espèces de cours, le cours commercial et le cours légal des monnaies. Le cours commercial s'établit de lui-même par l'effet de l'abondance ou de la rareté du numéraire. Quand l'argent est abondant sur la place, le prix des denrées, des immeubles, des salaires et des loyers augmente en proportion, parce que l'argent a moins de valeur [1]. Une somme de 30,000 fr. était beaucoup plus en 1810, 12, 13, 14, 15, qu'en 1825 et 1843; il est évident que celui qui aurait prêté 30,000 fr. en 1810 pour 30 ans, et à qui on rembourse 30,000 fr. en 1840, reçoit moins, en réalité, qu'il n'a donné. Mais une telle variation n'est pas prise en considération. Si le prêteur est exposé à cette nature de perte par l'effet de l'augmentation du numéraire en circulation, il a chance de gagner lorsque, par des circonstances inverses l'argent devient plus rare sur la place. Dans ce dernier cas, il reçoit plus qu'il n'a donné : 30,000 fr., versés entre ses mains quand les capitaux se resserrent et craignent de se montrer sur la place, lui valent plus que les 30,000 fr. qu'il a livrés alors que l'argent abondait sur le marché. Ainsi donc la chance de perte se compense avec la chance de gain. D'ailleurs, si le prêteur avait gardé ses 30,000 fr. dans son secrétaire, il aurait été affecté par le cours commercial des espèces; les 30,000 fr. auraient subi entre ses mains les chances de baisse comme de hausse. Il doit donc les subir, ces chances, lorsque l'argent n'est sorti de ses mains que par un prêt, lequel n'est pas, de sa nature, un contrat destiné à rendre sa condition meilleure. Il sera donc, par la restitution, dans l'état où il aurait été s'il n'avait pas prêté. Rien de plus, rien de moins.

230. Mais, outre le cours commercial de l'argent, il y a le cours légal, la valeur monétaire officielle qui est fixée par le législateur. Maintenant que les idées de crédit ont pénétré dans le cœur des gouvernements, on reconnaît que les augmentations ou diminutions dans le cours légal des monnaies sont des actes de mauvaise administration, qui pèsent sur les peuples, sans enrichir le souverain [2]. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les altérations des monnaies ont été pendant longtemps [3], et surtout au moyen âge, la ressource insensée des princes obérés. Sous l'empire même, les pièces de 6 fr. ont été réduites à 5 fr. 80 c. !

231. C'est de ce cours légal que parle l'art. 1895 du Code civ. C'est avec les pièces ayant tel cours légal au moment du payement qu'il veut que ce payement se fasse. Le cours commercial n'est pas celui qui le préoccupe. Je le répète, il n'y a que le cours officiel et la valeur nominale qu'il prenne ici en considération. Et il le fallait bien. Car si l'on peut, si l'on doit même faire abstraction du cours commercial par les raisons que je viens de donner, on ne peut s'empêcher d'avoir égard au fait du souverain, qui commande pour être obéi, et qui veut que telle pièce qui valait hier 6 fr. ne représente plus aujourd'hui que 5 fr. 80 c. On le sait : d'après l'art. 475 du Code pénal, ne pas recevoir les monnaies nationales selon la valeur pour laquelle elles ont cours est un délit punissable [4], et le législateur exige que la monnaie qui porte l'effigie de la souveraineté et qui la représente ne soit pas méprisée dans la valeur nominale qui lui est assignée.

232. Ceci posé, prenons un exemple :

Je prête à Paul 1,200 fr. en 240 pièces de 5 fr.; plus tard, une loi élève à 6 fr. la pièce de 5 ; Paul se libérera en me donnant 200 pièces ; et si la pièce de 5 fr. est réduite à 4, Paul sera tenu de me donner 300 pièces pour se libérer [5].

233. La raison de ce point de droit est évidente : dans la monnaie, on ne considère pas les corps et les pièces de monnaie, mais seulement la valeur qu'elles représentent [6]. Je cite avec plaisir les paroles énergiques de Doneau à ce sujet :

---

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 22.
[2] *Id.*
[3] Pline, 33, 13.
[4] Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 307.
[5] *Voy.* Pline, 33, 13. Il parle des variations de monnaie et il ajoute : « *Dissolutumque æs alienum.* »
[6] L. 94, § 1, Dig., *de solut.* — L. 1, Dig., *de cont. empt.* — L. 42, Dig., *de fidejuss.*

« Pecuniæ numeratæ vis omnis et bonitas, » substantia adeo ipsa, est in ea æstimatione » quæ cuique nummo certa nota percusso, » publice est indita. Nec quidquam est » nummus, nisi id quod publice valet ex » quo æstimatur. *Consistit enim non natura,* » *sed hominum instituto et æstimatione* [1]. »

Et Dumoulin :

« Toutes fois et quantes qu'argent se » baille... il est certain qu'il ne se baille pas » comme une masse d'or, ou de tel métal, » ni comme certain corps ainsi formé et » figuré comme une image; mais se baille » et employe comme faisant la quantité et » valeur qui en résulte lors, et sous la con- » templation et estimation du cours et va- » leur qui est lors de l'employ et du con- » trat [2]. Si on le considère comme masse, » ce n'est plus le considérer comme mon- » naie [3]. »

D'où il suit que, lorsqu'on a fait le prêt, on a considéré, non pas le nombre des pièces livrées, mais la valeur légale représentée par les pièces; qu'ainsi l'emprunteur se libère valablement lorsque, fidèle à la pensée du contrat, il rend la valeur fournie, bien que le signe monétaire rendu ne se rapporte pas identiquement, pour le nombre, au signe reçu [4].

234. Avant d'arriver à ce résultat, proclamé par l'art. 1895, la jurisprudence a balancé entre des controverses infinies. De grands interprètes, de savants jurisconsultes, Bartole [5], Balde [6], Paul de Castro [7], Favre [8], Vinnius [9], Cujas [10], avaient pensé que le créancier, ayant dû vouloir qu'on lui rendit une somme d'argent égale à celle qu'il avait prêtée, une somme d'argent qui ne le fit ni plus riche ni plus pauvre, avait entendu nécessairement que si, par le fait du prince, la monnaie était augmentée nominalement, on lui tiendrait compte, dans le payement, de la différence. Ils ajoutaient : L'augmentation forcée dans la valeur nominale a pour résultat inévitable de faire tout augmenter. Donc le prêteur recevra moins si l'emprunteur le paye en espèces augmentées sans lui faire raison de la différence. Cette opinion, on le voit, était la condamnation de celle que l'article 1895 a embrassée [11].

235. Mais d'autres jurisconsultes très-éminents, Dumoulin, Doneau, Voel, Deluca [12], Pothier, etc., etc., tenaient pour l'opinion (plus répandue au dire de Fachiuée) qui met du côté du créancier « *et diminutionis detrimentum, ut et commodum augmenti.* » Dumoulin surtout en fut le champion chaleureux. Après avoir flétri les variations dans les monnaies et avoir fait ressortir les désastres politiques qui en résultent [13]; après avoir posé en principe [14] que « l'in- » tention du droit naturel et humain est que » la valeur de la monnaie soit uniforme, » stable et perpétuelle [15], tellement que » les particuliers n'aient à faire que de con- » sidérer la figure ou marque publique, qui » est un témoin public et authentique de la » bonté et valeur de la monnaie, » Dumoulin conclut de la manière suivante :

« Bref, je dis qu'*entre sujets d'un même* » *prince ou république*, n'est recevable ni ad- » missible le débat de la mutation d'aloy, » qui consiste en la détermination du supé- » rieur, ou ordonnance politique, à laquelle » il faut obéir.

» Vray est que le droit de telle mutation » ne se doit faire sans le consentement du » peuple, et même, par plusieurs ordon- » nances anciennes estant ès dits registres,

[1] Sur la loi 3, Dig., *de reb. cred.*, nº 9.

[2] *Sommaire des contrats, usures, rentes*, etc., nº 286.

[3] *Id.*, nº 287.

[4] Pothier, nº 36. — Dumoulin, *loc. cit.*, nº 287.

[5] Sur la loi 101, Dig., *de solut.*

[6] Sur la loi 24, Dig., *de jure dot.*

[7] Sur la loi 3, Dig., *de reb. credit.*

[8] *Ration.* ad Pand., sur la loi 3, *de reb. credit.* Il y parle d'un traité qu'il avait fait sur cette matière pour combattre Dumoulin. — *Voy.* aussi son *Code*, liv. 8, tit. 30, défin. 11. — *Junge* Louet, lettre R, § 8.

[9] Sur les *Instit.*, lib. 3, tit. 15, nº 12. Il appelle la question : *nobilissima quæstio.* Il se sépare de Doneau, dont il suit presque toujours l'opinion.

[10] Sur la loi 2, § 1, Dig., *de reb. cred.*, lib. 28, *Pauli ad edict.* Il commence par établir qu'il y a trois choses dans la monnaie : « le poids, l'alui, la valeur : » qu'elle tire sa force du coin ; puis il ajoute : « Nec mirum si aucta » sit aureorum potestas vel facultas, *si totidem creditori* » *oporteat reddi*, quot dedit, dissolvendi debiti gratia. » Cum e contrario, si diminuta sit aureorum potestas sive » facultas, nihilominus debitor liberatur *totidem num-* » *mos reddendo ejusdem formæ et qualitatis.* (L. C. 2, » *de veter. numism. potest.*) Quod in vino etiam mutuo » dato servatur, ut quæ modiatio data est, *eadem redda-* » *tur omnino, sive auctum sive diminutum sit vini pre-* » *tium*, et Accursius notat. »

[11] Le texte des Assises de Jérusalem que nous avons cité *supra*, nº 189, paraît s'y referer.

[12] *De credito*, disc. 140, nº 6 : « Solutio debet fieri in » scutis, *ut de præsenti currunt.* » — *Junge* son nº 12.

[13] *Somm. des contrats, usures.*

[14] Nº 288.

[15] Deluca tient les mêmes principes, *de regalib.*, disc. 126.

» appert le consentement du peuple y avoir » été requis. Mais tout ainsi qu'une misère » publique quand elle est avenue se doit » porter par tous, et ne se doit par l'un des » sujets reprocher ou rejeter sur l'autre, » aussi n'est admissible entre eux le débat » de ladite mutation ; joint que la détermi- » nation du poids, aloy et cours de monnaie » est de droit public et qu'il n'est licite aux » particuliers transgresser, et contre lequel » leurs contrats et pactions ne valent [1]. »

256. Ce langage me paraît aussi sensé qu'énergique. Dans la monnaie, ce n'est pas la valeur intrinsèque qui est la considération, c'est la valeur nominale et légale pour laquelle elle circule sous le sceau de l'autorité publique [2]. Le débiteur a reçu une valeur nominale; il rend une valeur nominale égale. Obligé de se servir de la monnaie reçue pour effectuer son payement, il faut qu'il la prenne pour la valeur qui lui a été imposée par le prince, et le créancier est tenu de la recevoir pour cette valeur, à moins de se mettre en opposition avec les lois de son pays, qui veulent que telle pièce vaille tant, ni plus ni moins.

257. On objecte que si on paye le prêteur en espèces, légalement, mais nominalement augmentées, il en résulte un dommage; que cette somme qu'on lui rend ne représente pas pour lui celle qu'il avait prêtée, car le prix des denrées et des salaires augmente en raison de l'augmentation légale de la valeur des monnaies : que si le prince augmentait d'un tiers la valeur des monnaies, le prix des choses nécessaires à la vie augmenterait dans la même proportion; que, dès lors, le prêteur ne pourra pas avec l'argent rendu se procurer ce qu'il aurait acquis avec l'argent prêté.

258. Rien n'est plus vrai; mais, comme le dit Fachinée, si le prêteur est exposé à perdre dans ce cas, il peut gagner si, par le fait du prince, il y a diminution dans la valeur légale de la monnaie; ou tout au moins c'est l'emprunteur qui perd; et dès lors les chances se balancent, et les positions respectives sont sur le pied d'égalité. C'est ainsi que lorsque les pièces de 6 fr. ont été réduites à 5 fr. 80 c., l'emprunteur qui devait rendre une somme de 3,000 fr., et qui avait dans son secrétaire les 500 pièces de 6 fr. nécessaires à ce payement, ne s'est plus trouvé avoir assez, et a été obligé de prendre ailleurs de quoi combler ce déficit imprévu.

Dans tous les cas, ce que le prêteur a prêté, c'est une valeur nominale et non une valeur intrinsèque, et c'est une valeur nominale qui lui est rendue. Le cours des choses nécessaires à la vie est une circonstance accidentelle qui ne doit pas faire changer des positions fixées par le contrat ; il ne faut pas surtout que le fait des particuliers vienne entraver, par des calculs de différences entre la valeur de la monnaie au jour du prêt, et la valeur de la monnaie au jour du payement, la raison d'État qui a déterminé le législateur à donner à la monnaie une valeur précise. Ce serait ébranler indirectement sa détermination; ce serait en paralyser les effets. « *C'est donc assez de* » *payer en la monnaie courante et publique-* » *ment approuvée* [3]. »

259. Quelques économistes très-respectables et d'une grande autorité ont prétendu que l'art. 1895, procédant à la légère et sans s'instruire des vrais principes d'économie politique, a admis toutes les vieilles erreurs des légistes sur la monnaie; qu'il suppose à tort que la valeur de la monnaie est arbitraire et ne dépend que de la volonté de la loi [4].

Mais ne peut-on pas répondre que les vieilles erreurs dont on parle n'appartiennent qu'aux économistes, et aux financiers d'autrefois, et, comme le disait Dumoulin, au *vulgaire des marchands regardants à leur profit particulier, qui estiment de hausser le cours et valeur intrinsèque de l'or et de l'argent* [5]? Quant aux jurisconsultes, ils n'ont cessé de dire, avec la probité d'hommes accoutumés à rechercher les notions de la morale et du juste, que « *c'était un grand dommage, perte, détriment et affaiblissement de ce royaume et république français* [6]. »

Mais les jurisconsultes, qui ne font pas les faits, sont obligés de les accepter tels qu'ils sont, et lorsque, par un jeu funeste, il est arrivé que les gouvernants se sont jetés dans

[1] N° 293. — *Junge* n° 319.

[2] Deluca, *de regalib.*, disc. 128, n° 5.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 319.

[4] Rossi, *Observ. sur le droit civil français.* — Mémoires de l'Acad. des sciences morales et politiq., t. 2 (2e série), p. 266 et 267.

[5] *Loc. cit.*, n° 320.

[6] Dumoulin, *loc. cit.* — *Junge* Deluca, *de regalib.*, disc. 126.

les variations monétaires, ils ont dû tenir compte de l'obéissance que la société doit aux lois promulguées. C'est à ce point de vue qu'ils ont considéré ce qu'est la monnaie, non pour le souverain, non pour la bonne économie de la richesse sociale, mais pour le sujet que la loi oblige [1]; et c'est alors qu'ils ont enseigné qu'à l'égard de ce dernier, elle n'est qu'une valeur nominale, distincte de la valeur intrinsèque. Ce n'est pas à dire pour cela que le prince peut s'éloigner arbitrairement de la valeur intrinsèque réelle, et donner à la valeur nominale son caprice pour base. Nullement! Il y a à cet égard des règles de bon sens, de justice, d'expérience, que les jurisconsultes ont rappelées énergiquement. Mais quand il s'agit des sujets (*quoad subditos*) [2], les légistes ont dit avec raison que la monnaie n'est pas prise comme valeur intrinsèque; qu'elle circule sous la foi de l'autorité publique pour une valeur nominale que les sujets sont tenus de respecter, sous peine de se mettre en révolte contre le souverain. Cette doctrine me paraît juste et logique; elle fait une distinction sensée, qui accorde aux idées économiques modernes tout ce qu'il faut leur accorder; mais elle n'exagère pas l'influence de ces idées, elle ne les déplace pas; elles les renferme judicieusement dans le cercle de leur légitime influence.

240. Non-seulement le prêteur doit recevoir son payement en espèces ayant cours au moment du payement; mais il ne peut même pas stipuler que si la valeur légale de la monnaie vient à être augmentée par le fait du prince, il sera indemnisé de la perte qu'un remboursement fait avec ces espèces lui occasionnera. Une telle clause est contraire à l'ordre public; elle tend à infirmer la volonté du souverain sur le cours légal de la monnaie nationale; elle substitue à la valeur officielle une autre valeur dépendante de l'appréciation des parties; elle déprécie et démonétise les espèces frappées à l'effigie du pouvoir souverain [3].

241. Pourvu qu'on rende une somme numérique égale, ont peut payer en d'autres espèces ayant cours. Je vous ai prêté 100 fr. en pièces de 20 fr., vous pouvez me les rendre en pièces de 5 fr. [4]. Le débiteur a à cet égard le choix des espèces [5], à moins qu'il n'en résulte un dommage pour le prêteur [6]. C'est ce qui arriverait, par exemple, si Paul ayant prêté une grosse somme à Pierre, ce dernier voulait la lui rendre en menue monnaie [7].

242. C'est ce droit de l'emprunteur, de payer en d'autres espèces ayant cours, qui autorisa, dans la révolution, tant de remboursements en assignats de sommes prêtées en numéraire. Les créanciers furent ruinés par les débiteurs. Je me rappelle, à ce propos, la décision du sage Dalmaze, dans l'ouvrage de Monteil [8]. Une maison avait été vendue du temps du roi Jean pour une somme d'argent payable l'année suivante, et l'acheteur avait profité des lois nouvelles rendues dans l'intervalle pour payer en une monnaie de cuir que la détresse des finances et la pauvreté du royaume avaient fait mettre en circulation [9].

Maître Dalmaze blâme ce mode de remboursement en une monnaie promptement décréditée. « Vous ne pouvez en conscience » tranquillement jouir d'un bien acheté en » argent, payé en cuir. » Mais maître Dalmaze parle en moraliste et non pas en légiste; il a en vue le for intérieur, et non le for extérieur.

243. Si l'on était convenu, lors du contrat, que le payement se ferait en espèces déterminées pour l'utilité du prêteur, par exemple en pièces de 20 fr. d'or, et non autrement, cette clause devrait être observée [10], à moins toutefois que, par une de ces mesures extraordinaires qui attestent un temps de démence, cette monnaie n'eût pas un cours légal.

Delnca pense, toutefois, que si, à raison de circonstances particulières, ce payement en or était très-onéreux au débiteur, l'équité

[1] Deluca, *de regalib.*, disc. 128, n° 7.
[2] *Ibid.*
[3] Dumoulin, n° 294. — Pothier, n° 37. Merlin, *Rep.*, v° *Prêt*, n° 7. — Bruxelles, 27 novembre 1809, Sirey, 10, 2, 207.
[4] Doneau, *loc. cit.*, n° 10, d'après la loi *Titiæ amicæ*. Dig., *de auro legato*. Deluca, *de credito*, discours 140, n° 12.
[5] Doneau, *loc. cit.*
[6] Paul, l. 99, Dig., *de solut.*
[7] Doneau, *loc. cit.*

[8] T. 1, p. 49.
[9] *Commines*, liv. 5, ch. 1 (collect. Michaud, p. 125, col. 1) : « Le roi Jehan de France (pour payer sa rançon), » en 1356 et 1357, mit le royaume en si grande pauvreté » qu'il y courut longtemps monnaie comme de cuir, qui » avait un petit clou d'argent. » — Dumoulin prétend que ce fait est imaginaire : « *C'est chose fausse et fabu-* » *leuse* (n° 253). » Mais il n'appuie pas cette dénégation sur de bonnes raisons.
[10] Dumoulin, n° 294; Deluca, *de credito*, disc. 140, n° 12. — Doneau, *loc. cit.* — Toullier, t. 6, n° 587.

autoriserait les tribunaux à admettre un payement en monnaie équivalente [1], et il paraît que la rote de Rome l'aurait ainsi jugé quelquefois. Je crois que la convention des parties est une loi dont il ne faut pas s'écarter; on ne le pourrait, à mon avis, qu'autant qu'il résulterait que la clause n'a été que de pur style, comme il paraît que cela se faisait du temps de Deluca dans le royaume de Naples. Mais, en France, ce n'est pas facilement, ce me semble, que cette interprétation serait admise.

DEUXIÈME SECTION.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

SOMMAIRE.

244. De l'obligation du prêteur. Cette section a été introduite dans le Code civil après discussion au conseil d'État et malgré l'opposition de quelques membres. Raisons qui ont déterminé le législateur.
245. Suite.
246. Néanmoins le contrat de prêt n'est pas bilatéral.
247. Suite.

COMMENTAIRE.

244. Ce n'est pas sans dessein que les rédacteurs du Code civil ont introduit dans le chapitre *du Prêt de consommation* une section intitulée : *Des obligations du prêteur.* Pothier, partant du principe que ce contrat est unilatéral [2], et que dans le droit romain il n'engendrait pas d'action contre le prêteur [3]; Pothier, dis-je, ne s'était pas occupé des obligations de ce dernier. Les rédacteurs du Code, au contraire, à l'imitation de Domat [4], ont cru devoir suivre une autre marche. Vainement Berlier et Regnault de Saint-Jean d'Angély insistèrent-ils pour supprimer la section qui nous occupe; Tronchet et Cambacérès défendirent la rédaction. Le premier disait : « L'art. 25 (1898) devant être conservé, on » est forcé de reconnaître que le prêt impose » des obligations au prêteur; et même ce » n'est point là l'unique engagement auquel » le contrat le soumettra. L'art. 26 (1899) » ne lui permet pas de retirer la chose prê» tée avant le terme convenu. »

Cambacérès ajoutait : « Pothier pense que » le contrat de prêt, étant unilatéral, ne sou» met *directement* le prêteur à aucune obli» gation; que, néanmoins, comme ce con» trat doit être exécuté de bonne foi, *il » impose au prêteur des devoirs* [5]. »

Ces observations déterminèrent le conseil d'État à maintenir la section.

245. J'ajoute que Caius se sert positivement de ces expressions, *contrahit obligationem*, pour caractériser la position du prêteur dans un contrat légalement formé [6]. Les rédacteurs du Code civil n'ont donc fait qu'employer un mot consacré dans la science du droit. Ils sont irréprochables.

246. Mais il ne suit pas de là (il faut le répéter) que le contrat de prêt de consommation soit bilatéral. Ces devoirs du prêteur ne résultent pas du contrat lui-même, qui ne s'occupe que de lier l'emprunteur; ils découlent seulement de la bonne foi, abstraction faite de toute convention [7]. C'est ce que Cambacérès me paraît avoir voulu dire dans le passage que je viens de citer.

247. Et voilà pourquoi le prêt n'engendre pas, par son énergie propre une action spéciale contre le prêteur [8]. Le droit ro-

---

[1] *De credito*, disc. 140, n° 12. — *Junge* Pothier, *Constit. de rente*, n° 98.
[2] *Supra*, n° 198. — *Voy.* aussi son *Traité*, n° 51.
[3] *Supra*, n° 198.
[4] Il a, en effet, une section intitulée : *Des engagements de celui qui prête.*
[5] Fenet, t. 14, p. 432.
[6] L. 2, *comm.* 88 et 82. — *Junge* : Instit. de Just., tit. *quib. alienare non licet*, n° 2.
[7] *Supra*, n° 198.
[8] Delvincourt, t. 8, p. 385.

main n'en reconnaissait pas, comme nous l'avons déjà dit [1]. Le droit français n'en reconnait pas davantage. L'emprunteur est suffisamment armé, soit par les exceptions qu'il puise dans son droit, soit par les actions ordinaires naissant des quasi-contrats ou quasi-délits.

ARTICLE 1898.

Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'art. 1891 pour le prêt à usage.

SOMMAIRE.

248. But de l'art. 1898.
249. Antécédents de cet article.
250. Exemples de son application.
251. Renvoi pour les règles qui en tempèrent l'usage.

COMMENTAIRE.

248. Notre article n'a pas pour but d'exposer le prêteur aux recherches inquiètes de l'emprunteur. Si telle eût été sa pensée, il aurait détourné les personnes officieuses de prêter [2]. En se référant à l'art. 1891, il montre l'esprit de réserve dont il a été animé; il n'a voulu imposer de responsabilité au prêteur que dans les cas où l'équité l'exige [3].

249. Du reste, la règle de l'article 1898 n'est pas nouvelle : Pothier l'avait enseignée [4]. Elle est dans les principes de la raison et de la morale [5]. Elle doit subsister dans le prêt de consommation comme dans le commodat.

250. Ainsi, si je vous emprunte du blé, et que vous alliez choisir dans vos granges du blé avarié qui nuise à la santé, vous êtes coupable d'une mauvaise action, d'une faute grave qui doit avoir sa punition [6] : l'article 1382 du Code civ. viendra à mon secours.

251. Au surplus, nous avons montré les tempéraments avec lesquels l'art. 1891 doit être appliqué [7] : nous nous y référons. On y trouvera quelques adoucissements aux doctrines de Pothier, qui a poussé trop loin le principe de la responsabilité du prêteur.

ARTICLE 1899.

Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées avant le terme convenu.

ARTICLE 1900.

S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

ARTICLE 1901.

S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de payement suivant les circonstances.

[1] *Supra*, nos 198 et 199.
[2] Lacuée (Fenet, t. 14, p. 431).
[3] Tronchet, *id.*
[4] N° 52.
[5] Treilhard (Fenet, t. 14, p. 432). — *Supra*, n° 165.
[6] Jollivet (Fenet, t. 14, p. 432).
[7] *Supra*, nos 163 et suiv.

SOMMAIRE.

252. L'art. 1899 reproduit le principe de l'art. 1888.
253. Critique dirigée contre l'art. 1899 par quelques auteurs. Est-ce à tort qu'il a été placé sous la rubrique des *obligations* du prêteur? Est-il vrai qu'il soit la conséquence non pas d'une obligation, mais d'une simple absence de droit? Discussion à ce sujet et défense de l'art 1899.
254. Suite. A quoi reconnaît-on une obligation? Qu'est-ce qui la distingue du défaut de droit?
255. Suite. Textes du droit romain qui viennent à l'appui de l'art. 1899.
256. Suite et conclusion.
257. Du reste, l'obligation réglée par l'art. 1899 ne rend pas le *mutuum* contrat synallagmatique.
258. Il n'y a pas d'analogie tirée du commodat qui puisse donner au prêteur le droit d'exiger la restitution avant le temps.
259. *Quid* dans le cas de faillite ou de diminution des sûretés promises?
260. Quand la convention ne porte pas de terme, elle est censée contenir virtuellement un délai raisonnable.
261. De la clause et stipulation de vente *quand l'emprunteur pourra* ou *en aura les moyens*.
262. De la stipulation de rendre *quand l'emprunteur voudra*. Renvoi.

COMMENTAIRE.

252. L'art. 1899 reproduit les principes de l'art. 1888. Nous renvoyons au commentaire que nous en avons donné [1].

Ainsi donc, quand un terme a été assigné au contrat, le prêteur ne peut demander son remboursement avant ce terme. S'il agissait en restitution par une action prématurée, l'emprunteur lui opposerait une exception péremptoire, tirée de son dol ou de la violation de la foi promise.

253. On s'est demandé si le législateur ne s'était pas servi d'une expression impropre en appelant *obligation* cette situation du prêteur, dans laquelle on aime mieux voir une simple absence de droit qu'une obligation [2]. Si le législateur n'avait jamais commis de plus grande faute, je m'inclinerais devant son infaillibilité.

D'abord, je ne suis pas de ceux qui, par amour de la rubrique, interdisent impitoyablement au législateur de suivre une idée, soit dans les notions accessoires, soit dans les extensions ou les limitations qui peuvent dévier un peu de l'intitulé. Une section est un cadre; ce n'est pas un cercle superstitieux et inflexible. Il faut tenir compte de l'occasion qu'elle offre, de l'enchaînement qu'un incident y amène. Partant de là, j'admettrai donc, pour un instant, que le devoir imposé au prêteur par l'art. 1899 ne soit pas une obligation proprement dite; et cependant je ne ferai pas le procès à cet article parce qu'il se sera placé sous la rubrique des *obligations* du prêteur; car, enfin, il fallait, de toute nécessité, que le législateur s'occupât de ce devoir, afin de montrer la différence qui existe à ce sujet entre le commodat et le prêt de consommation : le commodat où, malgré le terme convenu, le prêteur peut, dans certains cas, redemander sa chose (art. 1889); et le prêt de consommation, où il est toujours commandé au prêteur d'attendre l'expiration du délai convenu. Or, où aurait-on voulu que la loi marquât cette différence? quelle place plus naturelle et plus opportune que celle qui est consacrée aux obligations du prêteur?

254. Mais c'est assez et trop longtemps supposer que ce dont s'occupe l'art 1899 n'est pas une obligation véritable. On s'égare, à mon avis, dans de fausses et inutiles subtilités, lorsque, pour soutenir le contraire, on accuse la loi d'avoir confondu ici l'absence du droit avec l'obligation.

Quand y a-t-il simple absence du droit sans obligation?

Pour répondre à cette question, on peut dire [3] que l'obligation se reconnaît à l'existence de l'action coercitive, et que là où il n'y a pas d'action, il n'y a pas obligation, mais simple absence de droit; puis, appliquant cette idée à notre espèce, on peut ajouter que l'emprunteur n'ayant besoin que d'une résistance passive, et non pas d'une action, pour contraindre le prêteur à attendre le terme fixé, ce dernier ne

[1] *Supra*, nos 146 et suiv.
[2] Duranton, t. 17, no 581.
[3] Duvergier, no 195.

peut être considéré comme étant dans les liens d'une obligation proprement dite.

Toutefois ce système n'est pas parfaitement exact. En droit, on a toujours reconnu une certaine classe d'obligations dont on ne peut obtenir l'accomplissement par une action, mais dont cependant le créancier peut procurer l'exécution en opposant une exception, un droit de rétention, une compensation, ou bien en agissant contre les cautions. C'est ce qu'enseigne à merveille Doneau, à propos des obligations naturelles d'après le droit romain, lesquelles, malgré le défaut d'action, n'en étaient pas moins de vraies obligations, dont le créancier pouvait obtenir le payement malgré le débiteur: « *Alias per retentionem rei debitæ, alias per* » *compensationem, alias per fidejussores aut* » *pignora quæ ei obligationi accesserunt* [1]. »

255. La raison de décider n'est donc pas là; voici où elle réside: je la découvre sans peine, non dans les conséquences de l'infraction, mais dans la cause génératrice du rapport juridique appelé en droit obligation.

D'abord, il est clair que si deux personnes sont restées étrangères l'une à l'autre, et que, par conséquent, elles ne se doivent rien réciproquement, on abuserait des mots si l'on disait qu'elles sont obligées à ne se rien demander. Pour qu'il y ait obligation, il faut qu'il y ait eu contrat ou quasi-contrat, délit ou quasi-délit; et j'ai dit que les deux personnes en question n'étaient liées par aucun de ces rapports. Voilà donc le cas où l'on trouve la simple absence de droit sans obligation.

Mais si Pierre s'est interdit de demander à Paul pendant un certain temps une chose que celui-ci doit lui rendre, alors on sort des termes de la simple absence de droit. On entre dans le champ de l'obligation proprement dite, parce que Pierre se trouve placé sous le coup du *vinculum juris* résultant de la parole donnée; il est enlacé dans les liens d'une obligation *ex contractu* [2]. C'est le contrat seul qui l'empêche d'agir, tellement que si le contrat disparaissait par suite d'une nullité irritante, Pierre pourrait agir sur-le-champ pour être payé. C'est ce qui fait dire à Caius [3], qui connaissait la valeur des termes, et à Justinien, son copiste intelligent [4], que le pupille qui prête sans l'autorisation de son tuteur ne contracte pas d'obligation, *non contrahit obligationem*. Et quelle obligation? celle d'attendre le délai convenu: *Unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest* [5]. Attendre le délai convenu n'est donc pas une simple absence de droit; c'est une obligation proprement dite. Aussi Caius [6], venant à parler de la femme, par opposition au mineur, dit-il que lorsqu'elle prête ses deniers, elle contracte une obligation, *contrahit obligationem*; et cette obligation est surtout d'attendre le délai convenu avant d'exercer la condiction.

256. Après cela, je crois inutile de discuter la distinction que l'on a cherché à faire entre le commodat, dans lequel l'emprunteur contracte une véritable obligation de ne pas redemander sa chose avant le délai convenu, et le prêt de consommation, où, si le prêteur ne peut agir, c'est par simple absence de droit [7]. J'en ai dit assez et trop peut-être pour défendre le Code de critiques sans fondement.

257. Du reste, de ce que le prêteur a contracté l'obligation de ne pas agir avant tel délai convenu, il ne faudrait pas se hâter de conclure que le *mutuum* doit être compté parmi les conventions synallagmatiques. Cet engagement du prêteur ne constitue pas l'un des termes d'une réciprocité que l'on puisse comparer au double engagement du vendeur qui livre et de l'acheteur qui paye, du bailleur qui donne la jouissance de sa chose et du preneur qui paye le loyer. Dans ces derniers contrats, il y a deux conventions corrélatives: *Do ut des*. L'une est la conséquence de l'autre, et réciproquement. Si je vous donne ma maison, il faut que vous me donniez votre argent; si je vous donne mon argent il faut que vous me donniez votre maison. Ce sont deux engagements qui font un retour perpétuel de l'un sur l'autre. Mais bien différente est la position des parties dans le prêt. La chose est livrée par un préalable indispensable, sans lequel le prêt n'a pas de commencement. Il ne peut donc y avoir qu'un seul engagement principal

[1] *Comm.*, lib. 12, c. 1, n° 10, l. 3, p. 417.
[2] Caius, 3, *comm.* 89. — Justinien, Inst., *de oblig.*, § 2.
[3] 2, *comm.*, 82.
[4] Instit., *quib. alienare non licet*, § 2.
[5] Caius, *loc. cit.*
[6] N° 81.
[7] Duranton, *loc. cit.*

provoqué par le fait accompli ; c'est l'engagement de l'emprunteur qui s'oblige à rendre. Quant à l'obligation du prêteur de ne rien exiger avant le temps convenu, elle est un des éléments du fait accompli lui-même ; et dès lors elle ne saurait jouer le rôle principal, lequel est réservé à l'obligation à accomplir, obligation en vue de laquelle les dispositions directes du contrat sont organisées.

258. Le prêteur est donc obligé d'attendre le délai fixé par la convention intervenue au moment de la tradition et inséparable de ce fait. Alors même qu'une nécessité urgente et imprévue lui rendrait le prêt gênant pour ses affaires, il ne pourrait obliger l'emprunteur à hâter le moment du remboursement. Ici ne se trouve pas une disposition pareille à celle de l'art. 1889, relatif au commodat. Notre art. 1899 n'est limité par rien de semblable : il est absolu.

La raison en est que le *mutuum*, rendant l'emprunteur propriétaire, ne saurait réserver au prêteur, qui a aliéné, un droit que l'art. 1889 a ménagé pour celui qui est resté propriétaire de sa chose, et qui, à ce titre, mérite plus d'égards.

259. Que si, cependant, le débiteur était tombé en faillite, où s'il avait diminué par son fait les sûretés données par le contrat, on sait que, de droit commun, il ne pourrait plus réclamer le bénéfice du terme [1].

260. Quelquefois la convention ne fixe pas de terme. Malgré la règle de droit qui veut que, lorsqu'une obligation est sans terme, elle soit pure et simple, et, par conséquent, incontinent exigible [2], le prêteur serait difficilement reçu à exiger son remboursement sur-le-champ [3]. Quel avantage y aurait-il eu à emprunter, si c'eût été pour rendre tout de suite ? Le prêteur est donc censé avoir voulu accorder un délai raisonnable, afin que le prêt devînt avantageux à l'emprunteur.

Que s'il s'élève des difficultés entre les parties, ce sera aux tribunaux à accorder un délai suivant les circonstances [4].

261. Un prêteur bienveillant, qui veut rendre un service à un ami, lui prête souvent en lui disant : « *Vous me rendrez quand vous le pourrez, ou quand vous en aurez les moyens.* » L'emprunteur ne doit pas abuser de cette latitude ; la reconnaissance l'oblige à se mettre en état de pouvoir payer le plus tôt possible. En cas de négligence, le juge examinerait les faits, rechercherait s'il a les moyens de payer, et lui assignerait, suivant les circonstances, un terme de payement.

262. Mais que devra-t-on décider si la clause était que l'emprunteur rendra *quand il le voudra*. Comme cette question se lie à un point de jurisprudence assez délicat, en matière de constitution de rente, nous la renvoyons au numéro 431. Nous avons vu, du reste, une position tout à fait inverse dans le cas du précaire [5].

TROISIÈME SECTION.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR.

ARTICLE 1902.

L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu.

SOMMAIRE.

263. Transition. — Engagements de l'emprunteur. — Ils dérivent principalement de la réception de la chose par ce dernier.

264. L'emprunteur doit rendre la chose prêtée. Observations à cet égard, tirées des *Institutes coutumières* de Loisel, de Dumoulin, de l'*Ecclésiaste*, etc., etc.

265. Action donnée au prêteur, ou *condictio*.

---

[1] Art. 1188.

[2] L. 14, Dig., *de reg. juris*. — L. 41, § 1, Dig., *de verb. oblig.*

[3] Pothier, n° 48. — Voet, *de reb. cred.*, n° 19. — Fachinée, *Controv.*, lib. 2, c. 52. — Menochius, *de arbit. judic.*, lib. 2, c. 22.

[4] Art. 1900 combiné avec l'art. 1244, Code civ.

[5] *Supra*, n° 47.

Le prêteur ne doit pas se montrer trop acerbe. Conseils de Cicéron et morale de Jésus-Christ à ce sujet. — Nature de la condiction. Comment elle s'exerce quand il y a plusieurs prêteurs ou plusieurs emprunteurs.

266. L'obligation de rendre subsiste, quand même la chose prêtée aurait péri par force majeure. Différence entre le *mutuum* et le *commodat* en ce qui concerne les cas fortuits.

267. Cas singulier donné par Ulpien et qui a fait difficulté auprès de quelques bons esprits. Explication de Doneau pour prouver que la perte arrivée par force majeure doit, même dans ce cas tout particulier, rester au compte de l'emprunteur.

268. Suite.

Nouvelles preuves et autre texte d'Ulpien qui, d'après Doneau, confirme le texte rappelé au numéro précédent.

269. Mais le Code civil a suivi d'autres idées, et il faut décider que, dans les cas particuliers posés par Ulpien, la perte par force majeure est au compte du prêteur, comme dans les cas ordinaires.

270. Suite.

271. Pour satisfaire à l'obligation de rendre la chose, il faut la rendre en même qualité et quantité. Renvoi.

272. Et la rendre à l'époque fixée. — *Quid* quand le contrat est muet sur le temps de la restitution?

273. L'emprunteur peut devancer le terme fixé quand ce terme a été stipulé dans son intérêt.

274. Le payement ne doit pas se faire par parties, contre le gré du prêteur, à moins de convention contraire.

275. Du lieu du remboursement. Opinions de Voet et de Pothier.

276. L'art. 1247 du Code civ. contient-il la règle qu'il faut suivre, en matière de prêt gratuit, pour le lieu du remboursement?

Discussion à cet égard et éclaircissements donnés à l'aide de quelques exemples.

277. *Premier exemple*, tiré d'un prêt de denrées.

278. Suite.

279. Conclusion, que le payement doit être fait au lieu où la livraison a été faite, et que l'art. 1247 n'est pas applicable ici.

280. *Second exemple*, tiré d'un prêt d'argent fait gratuitement. Inapplicabilité de l'art. 1247.

281. Conseil donné aux parties de s'expliquer sur le lieu du payement.

COMMENTAIRE.

265. Nous sommes parvenus à la section qui traite des engagements de l'emprunteur. Nous l'avons dit plusieurs fois, aussitôt que la chose a été reçue par l'emprunteur, ses engagements acquièrent le degré de perfection le plus étroit. L'objet direct et principal du contrat de prêt est de les régler dans l'intérêt du prêteur, mis en harmonie avec les règles de l'équité. Notre section est donc d'une haute importance. Et, toutefois, les dispositions qu'elle renferme ne sont pas neuves pour nous : nous avons déjà fait connaissance avec elles en grande partie, dans la section première de ce chapitre [1].

264. On n'ignore donc pas que la première des obligations de l'e prunteur est de rendre la chose prêtée [2]. « *Æquissima* » *vox est*, disait Sénèque, *et jus gentium præ* » *se ferens : Redde quod debes* [3]. « Cette obligation lui cause bien souvent de rudes anxiétés. On est prompt et facile à emprunter; on est tardif à rendre. Il ne devrait pas en être ainsi si la morale était la règle de nos actions, si le bienfait était toujours suivi de reconnaissance. Mais, dans la triste pratique, le bienfait n'oblige souvent que des ingrats. De là, ce proverbe rappelé par Loisel, dans ses *Institutes coutumières* [4] :

Qui preste non r'a ;
Si r'a, non tost.
Si tost, non tout.
Si tout, non gré.
Si gré, non tel!
Garde-toi donc de prêter,
Car à l'emprunter
Cousin germain ;
Et à rendre, fils de p....
Et à prêter, ami ;
Et au rendre, ennemi !

Dumoulin, dans son traité français des *Usures* [5], cite une partie de ce vieux proverbe qu'il avait entendu dire à son hôte quand il était écolier à Orléans. Longtemps auparavant, l'*Ecclésiaste* [6] avait signalé cette ingratitude des emprunteurs :

« Jusqu'à ce qu'ils aient pris et reçu, ils » baisent les mains de celui qui leur donne » et humilient leur voix en promesses. Mais, » au temps de rendre ou payer, ils seront » en demeure; ils demanderont des délais, » ils se répandront en murmures, accusant » la difficulté des temps.

[1] Art. 1892, 1895, 1896, 1897.
[2] *Supra*, nos 189 et 190.
[3] *De benef.*, lib. 3, c. 14.
[4] Liv. 4, tit. 6.
[5] No 69.
[6] Ch. 29.

» Et s'ils ont pouvoir de rendre, ils y ré-
» pugneront, ils hésiteront; ils rendront à
» grand'peine la moitié, et la compteront
» pour chose trouvée.
» Et s'ils ne fraudent pas le créancier de
» son argent, ils le tiendront pour ennemi,
» et l'accableront de malédictions.
» De là vient que plusieurs ont renoncé à
» prêter, non par malice, mais pour n'être
» pas trompés. »

S'il m'était permis d'égayer ce grave sujet par une citation purement littéraire, je rappellerais ces vers de notre grand comique, dont l'idée a été appliquée par Émérigon aux assureurs en fait d'assurances maritimes :

Les dettes aujourd'hui, quelque soin qu'on emploie,
Sont comme les enfants que l'on conçoit en joie
Et dont avecque peine on fait accouchement.
L'argent dans notre bourse entre agréablement;
Mais le terme venu que nous devons le rendre,
C'est lors que les douleurs commencent à nous prendre [1].

265. De tout ceci, que faut-il conclure? qu'on ne doit plus prêter? A Dieu ne plaise que la crainte de l'ingratitude étouffe jamais la bienfaisance! Mais la jurisprudence a dû organiser, dans sa prévoyance, des moyens efficaces pour contraindre les emprunteurs à remplir leurs engagements. Elle a donné pour sanction à ces engagements une action appelée en droit romain *condictio* [2]. Les prêteurs ne se contentent pas toujours du secours de cette action. Les plus avisés ne prêtent qu'avec de bonnes cautions et des hypothèques. Quelquefois la loi, déployant de plus grandes rigueurs, soumet le débiteur à la contrainte par corps. Mais ces sûretés accessoires font la matière spéciale d'autres titres du Code; il faut y recourir. En attendant, nous rappellerons un précepte de morale donné par Cicéron : c'est que le prêteur ne doit pas se montrer trop acerbe à exiger ce qui lui est dû : « *Convenit autem* » *cum in dando munificum esse, tum in exi-* » *gendo non acerbum* [3]. » La morale de J. C. a souvent insisté sur ce devoir de la bienveillance; elle l'a fortifié par tout ce que la charité chrétienne contient de sympathie ardente, et elle l'a élevé à une hauteur presque surnaturelle [4].

Mais revenons au droit civil : la condiction, que les conseils évangéliques n'ont pas eu pour but d'enlever au prêteur [5], est une action personnelle [6]; elle compète au prêteur ou à ses héritiers [7]. Et s'il y a plusieurs prêteurs, elle se divise entre eux pour leur part et portion [8], de même qu'elle se divise entre chaque emprunteur, s'il y a plusieurs emprunteurs [9].

266. Nous disons que la première obligation de l'emprunteur est de rendre.

Cette obligation n'est pas affectée, à l'instar du commodat, par la force majeure. Dans le *mutuum*, lorsque la chose a péri par force majeure, l'obligation de rendre subsiste toujours [10], puisque le prêt de consommation a pour effet de rendre l'emprunteur propriétaire, et que *res perit domino.*

267. D'après Ulpien, la perte retombe même sur l'emprunteur dans le cas suivant, dont nous avons déjà parlé au n° 186.

Vous venez m'emprunter 600 fr. Ne les ayant pas actuellement, je vous donne un plat d'argent pour que vous le vendiez et que vous employiez le prix à vos besoins. Si, avant la vente, ce plat vient à périr par force majeure, Ulpien, d'après Nerva, veut que la perte retombe sur vous et non pas sur moi, qui ne pensais pas à mettre en vente cet objet [11]. C'est ici un de ces cas où l'on ne suit pas la règle *res perit domino.*

Les interprètes ont beaucoup écrit à propos de cette décision, et tous n'ont pas été heureux dans les idées qu'ils ont émises pour l'expliquer [12]. Mais Doneau me paraît avoir excellé sur tous les autres commentateurs du droit romain, par la sagacité avec laquelle il a mis en lumière la pensée d'Ulpien sur un cas singulier qui ne laisse pas que de laisser l'esprit incertain et embarrassé. Doneau recherche d'abord comment on peut concil-

---

[1] Molière, *l'Étourdi*, acte 1er, scène 6.

[2] Ulpien, l. 9, et § 3, Dig., *de reb. credit.* — Justinien, Instit., *quib. modis re contrahit.* (Proœm.)

[3] Lib. 2, *Offic.*, c. 18.

[4] *Mutuum date nihil inde sperantes* (Évangile selon saint Luc, c. 6, v. 30.)

[5] Noodt, *De fœnore*, lib. 1, c. 11.

[6] Voet, *de reb. cred.*, n° 13.

[7] *Id.*

[8] *Id.* « Si plures simul dederint, singulis actio, pro » parte, danda est, cum hoc debitum dividuum sit, nisi » id actum fuerit, ut unusquisque solidum repetere » possit. »

[9] L. 3 et 12, C., *si certum petatur.* — Voet, n° 17. — Favre, Code, lib. 4, tit. 14, definit. 21.

[10] Instit. de Just., *quib. modis re cont.*, § 2.

[11] L. 11, Dig., *de reb. credit.*

[12] Favre, par exemple, ne me satisfait pas (sur la loi 11, Dig., *de reb. credit.*).

lier la réponse du jurisconsulte avec les principes vulgaires qui déchargent le débiteur alors que la chose a péri sans sa faute [1]. Il se demande comment il peut en être autrement dans ce cas spécial de *mutuum*, lorsque dans le commodat, qui est aussi un de ces contrats où le créancier a agi sans intérêt, la perte tombe sur ce dernier et non sur l'emprunteur qui a été cause du contrat. Il rappelle ensuite l'opinion de quelques docteurs qui, frappés de ces objections, supposent qu'Ulpien n'a pas voulu parler d'une perte occasionnée par force majeure, mais plus probablement d'une perte occasionnée par une faute très-légère de l'emprunteur. Mais bientôt, écartant toutes ces raisons de douter et ces scrupules [2], il établit que dans le *mutuum*, où il est de règle que la perte de la chose prêtée est toujours pour l'emprunteur [3], il faut se préoccuper de cette règle spéciale et décisive en cette matière, plutôt que des principes qui gouvernent certaines conventions accessoires ou intermédiaires par lesquelles le contrat de prêt peut passer avant de devenir définitif. C'est le but que les parties se sont proposé, c'est le point initial de leur accord qu'il faut surtout envisager : « Initium inspiciendum est [4]. » Or, on a voulu faire un prêt; on n'a eu recours à une autre convention préalable que pour arriver à un véritable prêt. C'est donc dans les règles du prêt qu'on doit se renfermer, et la raison et l'équité obligent à dire que la chose livrée en vue d'un *mutuum* à intervenir par son moyen est assimilée à la chose réellement prêtée.

Doneau trouve une nouvelle preuve de ceci dans la loi 4, Dig., *de reb. credit.*, où Ulpien, fidèle à lui-même, donne une réponse qui a pour base cette interprétation du rapport existant entre les parties [5].

Quant à la règle *res perit domino*, elle est respectable et presque toujours vraie. Mais n'a-t-elle pas ses exceptions? et ici ne faut-il pas (toujours suivant Doneau) juger par les principes du prêt une convention qui s'est formée en vue d'un emprunt sollicité par le débiteur, et dans laquelle le créancier a fait tout ce qui était en lui pour faire un prêt à ce dernier?

268. J'ai dit que Doneau cite la loi 4, Dig., *de reb. credit.* Elle est en effet topique, et montre que la loi 11 se rattache à un système tout entier d'interprétation sur cette matière.

Vous voulez acheter un immeuble et vous venez me prier de vous prêter 10,000 fr. pour cet emploi; mais vous ne voudriez pas vous constituer mon débiteur avant d'être sûr que vous resterez adjudicataire de cet immeuble. Moi, qui veux vous obliger et qui cependant dois partir pour un voyage, je vous donne les 10,000 fr. en dépôt, et il est convenu que si vous réalisez votre achat, vous détiendrez cette somme à titre de prêt. Aux risques de qui sera la somme ainsi déposée? Ulpien se prononce de la manière suivante : *Hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit;* et pour le décider ainsi, il se fonde, en grande partie, sur le principe de la loi 11 : « *Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.* »

269. Ces solutions avaient paru si raisonnables au sage Domat, qu'il n'avait pas hésité à les adopter [6]. Mais quand nous serons parvenus au titre *du Dépôt*, auquel se rattache plus particulièrement la loi 4, Dig., *de reb. credit.*, nous verrons que, d'un autre côté, Pothier, esprit tout aussi mesuré, tout aussi sensé, tout aussi pénétrant que Domat, accommodait cette loi à une solution différente, et qu'il n'y voyait qu'une simple responsabilité de la faute, et nullement la responsabilité de la force majeure [7]; ne pouvant pas se persuader qu'Ulpien eût fait peser la perte de la chose par cas fortuit sur une personne qui, par la nature des choses et la loi du dépôt, en doit rester affranchie.

Or, dans ce conflit d'opinions où nous voyons les hommes les plus graves invoquer en leur faveur la raison, l'équité, les principes des contrats, de quel côté a été la préférence du Code civil?

Il serait difficile de trouver dans le titre *du Prêt* un texte que l'on pût regarder comme juge du différend. Mais si nous passons à l'art. 1929 placé au titre *du Dépôt*, on est forcé de reconnaître que Pothier l'a emporté aux yeux des rédacteurs du Code civil, au moins en ce qui concerne le cas résolu par la loi 4 au Dig., *de reb. credit.*; car

[1] Il cite la loi *pignus* et la loi *quæ fortuitis*, C., *de pignor. act.*; la loi *contractus*, Dig. *de reg. juris*, etc., etc.

[2] Favre combat aussi ce point de vue. Sur la loi 4, Dig., *de reb. credit.*

[3] Inst., *quib. modis re contrah. oblig.*, § 2.

[4] L. *si procurat.*, Dig., *mandat.*

[5] Sur la loi 11, Dig., *de reb. cred.*, n° 4. — Et sur la loi 4, même titre.

[6] Liv. 1, tit. 6, sect. 1, nos 11 et 12.

[7] *Dépôt*, nos 92 et suiv.

cet article est conçu dans des termes qui ne laissent pas douter qu'il a eu sous les yeux ce cas très-célèbre dans le droit, et qu'il a voulu lui imposer la solution de Pothier, et non celle de Domat et par conséquent de Doneau [1].

Or, si l'interprétation de ces derniers auteurs n'est pas celle de la loi moderne, il ne faut pas non plus la suivre en ce qui concerne la loi 11, Dig., *de reb. credit.*; car, comme je l'ai dit, ces deux textes découlent de la même pensée, et les solutions d'Ulpien sont gouvernées par les mêmes règles d'interprétation. Donc, si la force majeure retombe sur le prêteur dans le cas où le prêt a pour préliminaire un dépôt pendant lequel elle périt, elle doit, par une raison toute-puissante de parité, retomber également à sa charge quand le prêt se prépare par un mandat de vendre la chose, laquelle, avant la vente, vient à périr par force majeure.

Telles sont, à mon avis, la règle et l'autorité auxquelles les tribunaux doivent rapporter la volonté des parties, dans les exemples, assez rares du reste, qui pourront reproduire les espèces prévues par Ulpien [2].

270. Il en serait, à plus forte raison, de même si, dans le premier cas posé par Ulpien, j'avais dessein de vendre mon plat d'argent [3]. On sent que la vénalité de la chose, par l'effet de ma propre volonté et indépendamment de toute idée de prêt, est une circonstance de fait qui confirme singulièrement ce que nous venons de dire. Il n'est plus possible d'avancer ici, comme le faisaient tout à l'heure les sectateurs d'Ulpien, qu'il n'y a de ma part qu'un prêt sans mélange. Cette couleur s'efface entièrement; j'ai donné un mandat pour vendre une chose que j'avais faite vénale, et le prêt ne vient qu'en second ordre pour faire suite à une combinaison qui laissait la chose à mes risques.

271. Il ne suffit pas de rendre la chose; il faut encore la rendre en mêmes quantité et qualité [4]. Nous avons traité ci-dessus de cette condition de la restitution; nous renvoyons aux nos 189, 190, 222 et suivants.

272. Non-seulement le payement doit être fait en pareilles quantité et bonté, mais il doit encore être fait au terme fixé [5].

Quant au cas où le contrat n'indique pas de délai pour le remboursement, nous avons vu aux nos 260 et suiv. comment la loi a concilié les intérêts du prêteur avec les ménagements dus à l'emprunteur [6].

273. Si le terme était fixé dans l'intérêt de l'emprunteur, ce dernier pourrait le devancer [7].

Presque toujours, dans le prêt simple, c'est dans la vue de favoriser l'emprunteur qu'une échéance plus ou moins reculée a été accordée.

Mais si le terme avait été fixé dans l'intérêt du prêteur, comme cela arrive ordinairement dans le prêt à intérêt, quand on a voulu faire un placement, l'emprunteur ne serait pas reçu à se libérer avant l'époque convenue [8].

274. Le payement doit se faire en une fois, et non par parties, à moins que la convention ne l'autorise [9], ou que le prêteur n'y consente pour donner à son emprunteur plus de facilités.

275. Quant au lieu du remboursement, les auteurs ne sont pas d'accord. Voet décide qu'à moins de clauses particulières, le remboursement doit se faire régulièrement au lieu où la chose a été livrée à l'emprunteur [10].

Pothier, au contraire, fait une distinction : ou il s'agit du prêt d'une somme d'argent, ou il s'agit de denrées. Au premier cas, Pothier, se rattachant aux principes généraux en matière de payement, préfère le lieu du domicile du débiteur [11]. Mais, au second, il donne, comme Voet, la préférence au lieu où le prêt s'est effectué [12].

276. Il semble au premier coup d'œil, que notre article, ne s'étant pas expliqué sur le lieu du payement, a entendu se référer à l'art. 1247 du Code civ., et telle paraît être l'opinion de Merlin, qui n'admet pas la distinction de Pothier, malgré ce qu'il

[1] *Infra*, *Dépôt*, n° 92.
[2] *Junge* Duvergier, nos 188 et 190.
[3] L. 11, Dig., précitée.
[4] Pomponius, l. 3, Dig., *de reb. credit.* — *Supra*, nos 189 et 190.
[5] *Textus hic.*—*Supra*, nos 258, 259 et suiv.
[6] Voet, *de reb. credit.*, n° 19.
[7] Voet, n° 20.—Venuleius, l. 137, § 2, Dig., *de verb. oblig.*—Javolenus, l. 15, Dig., *de ann. legat.*
[8] Voet, n° 20.
[9] L. 41, § 1, Dig., *de usuris.* — L. 9, C., *de solut.* — Voet, n° 21; art. 1244 du Code civ.
[10] N° 29.
[11] N° 43; art. 1247, Code civ.
[12] N° 46.

trouve en elle d'équitable [1]. Pour moi, je pense que le sentiment de Voet est le meilleur. L'art. 1247 n'est applicable que dans le cas de prêt à intérêt. Dans tous les autres cas, la gratuité du prêt et le sentiment de bienfaisance qui a dicté ce contrat dénotent suffisamment qu'il n'a pu être dans l'intention des parties d'adopter un mode de payement qui tantôt grève le prêteur, et tantôt devient inique pour l'emprunteur.

277. Voyons d'abord ce qui concerne le prêt de denrées, et prenons un exemple pour être mieux compris :

Un Parisien vient passer quelques semaines à la campagne dans l'Orléanais, et un de ses voisins lui prête un tonneau de vin d'Olivet. Si la restitution doit se faire à Paris, lieu du domicile de l'emprunteur, il arrivera que ce dernier sera obligé de faire venir de l'Orléanais le tonneau de vin destiné à être rendu, qu'il payera des frais de transport onéreux, des droits de mouvement et d'octroi considérables ; qu'ainsi son obligation sera notablement aggravée, tandis que le voisin fera un gain par suite de la plus value du vin transporté à Paris [2].

278. Réciproquement, un Bordelais est à Paris pour ses affaires ; il emprunte un tonneau de vin de Bordeaux à Pierre, chez qui il loge. Dira-t-on que le remboursement doit se faire à Bordeaux, lieu du domicile de l'emprunteur? Mais qu'arriverait-il dans ce cas? Que le prêteur, qui a entendu rendre service au Bordelais, serait singulièrement lésé. Car le tonneau qu'il recevrait à Bordeaux serait loin de valoir pour lui le tonneau qu'il a livré à Paris [3]. S'il le vendait à Bordeaux, il n'en retirerait pas ce que lui a coûté le vin prêté à Paris; s'il voulait le faire transporter à Paris, calculez les dépenses de commission, de transport, de mouvement, d'entrée, d'octroi !

279. Il y a donc une grande injustice dans un mode de payement qui, par une application forcée de l'art. 1247, choisirait le domicile du débiteur pour effectuer le payement des denrées prêtées. Le seul moyen de rétablir l'équilibre, c'est de s'arrêter au lieu où la livraison a été faite. L'art. 1247 n'est pas éludé par là. Car, comme le dit très-bien Toullier [4], il ne donne une règle de conduite que lorsqu'il ne résulte pas tacitement de la nature de l'obligation et des accessoires de son exécution que le payement doit être fait ailleurs qu'au domicile du débiteur. Or, il est évident, dans les exemples posés, que les parties n'ont pu vouloir se soumettre à la règle de l'art. 1247 ; il est évident que cette règle répugne à la nature du contrat de prêt.

C'est, du reste, ce qui me paraît résulter implicitement du paragraphe final de l'article 1903. Si, en effet, l'art. 1247 était la règle du prêt, l'estimation de la chose que l'emprunteur est dans l'impossibilité de rendre devrait se faire eu égard au domicile de l'emprunteur. Pourquoi l'art. 1903 préfère-t-il le lieu où l'emprunt a été fait? Évidemment parce que c'est là que le payement doit être effectué.

280. Voyons ce qui a trait au prêt d'argent.

Quand il s'agit d'un prêt à intérêt, je concède à l'art. 1247 toute son autorité, et je me range, sans hésiter, à l'opinion de Pothier.

Mais si le prêt est gratuit, est-il juste que le prêteur qui a rendu un service d'ami soit tenu de se déranger pour aller chercher son payement, de faire des frais pour le toucher ou le rapporter chez lui? Peut-on supposer que le contrat a entendu imposer au bienfaiteur cette nouvelle charge? N'est-il pas plus raisonnable de supposer que les parties ont voulu rester fidèles à ce principe que le bienfait ne doit pas tourner contre le bienfaiteur [5] ?

J'invoque encore ici l'argument que je tirais tout à l'heure de l'art. 1903 du Code civ. ; il est moins pressant, je l'avoue, car l'art. 1903 n'a trait qu'aux choses fongibles autres que l'argent. Il ne laisse pas cependant que d'avoir quelque portée. Comment ne pas voir, d'ailleurs, que tout ici se trouve dominé par cette règle de morale, qui est aussi une règle de droit, que le bienfait ne saurait devenir une cause de dommage pour le bienfaiteur?

---

[1] *Répert.*, v° *Prêt*, § 2, n° 12.
[2] Pothier, n° 46.
[3] *Ibid.*
[4] T. 6, n° 93.
[5] Duranton paraît enclin à faire fléchir la règle générale de l'art. 1247 (n° 586). Observez que Dumoulin, cité par Pothier, ne parle que du payement des rentes (*De usuris*, q. 9), ce qui est bien différent.

281. Au surplus, il sera prudent de lever ces difficultés par une clause expresse de la convention. L'art. 1903 semble y inviter les parties d'une manière positive.

282. Telles sont les règles principales qui président au payement en matière de prêt.

Voyons, par les articles suivants, ce qui arrivera si le débiteur en modifie ou en altère l'accomplissement, soit par suite de faits excusables, soit par mauvaise volonté.

ARTICLE 1903.

S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention.

Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait.

SOMMAIRE.

283. Transition. — L'art. 1903 traite d'une matière déclarée difficile par Cujas.
284. Et d'abord, du cas où la restitution en nature est très-onéreuse pour l'emprunteur. Cette circonstance est assimilée à une vraie impossibilité dans le sens de l'art. 1903. Le débiteur est autorisé à offrir l'estimation. Le mot *impossibilité* ne se prend pas ici dans un sens strict et absolu.
285. Mais l'emprunteur ne doit pas abuser de la facilité qui lui est accordée pour substituer l'estimation à la chose.
286. Bases de l'estimation.
287. Deux cas proposés.
288. 1er cas, qui a lieu lorsque la convention a fixé le temps et le lieu du payement. L'estimation se règle suivant ce temps et ce lieu.
289. 2e cas, qui a lieu quand la convention est muette sur le temps et le lieu du payement. — Difficultés à ce sujet dans le droit ancien.
290. *Du temps* qui doit être préféré. Conflit dans les opinions.
291. Explication de Doneau sur le sens des lois romaines qui ont traité ce point et qui semblent contraires.
292. Autre explication donnée par Cujas.
293. Cette dernière était le plus généralement admise; mais l'art. 1903 s'en écarte. Il veut, contre la décision de Julien, qu'on s'en tienne à l'estimation eu égard au temps où le contrat a été fait.
294. Notez qu'il règle la position, abstraction faite de toute faute et de toute demeure.
295. Pourquoi le Code civil s'est-il écarté du sentiment de Julien?
296. Raisons probables.
297. *Du lieu* qui doit être pris en considération pour faire l'estimation.
Lois romaines.
298. L'art. 1903 s'en écarte. Il veut qu'on s'attache au lieu où l'emprunt a été fait.
299. En ceci l'art. 1903 est encore étranger au cas de demeure.
Transition au cas où l'emprunteur est en état de contumace, et à l'art. 1904.

COMMENTAIRE.

283. Notre article n'est pas exempt de difficultés. Il traite d'une matière qui a tourmenté les interprètes de tous les temps, à savoir, l'époque et le lieu qui doivent être pris en considération pour faire l'estimation de la chose à payer. C'est pourquoi Cujas disait très-bien : « *Nullum esse vel judicem, vel patronum, vel jurisconsultum qui non hæreat, maneatque suspensus quoties tractatur hac de re* [1].

284. Le législateur a voulu prévoir le cas où l'emprunteur, obligé de rendre la chose prêtée en pareille quantité, qualité et bonté, se trouve dans l'impossibilité de le faire et en offre l'estimation pour se libérer.

Et d'abord, une question se présente : De quelle impossibilité parle le législateur? Est-ce d'une impossibilité radicale et absolue?

Non. Le mot impossibilité ne doit pas être pris ici dans sa rigueur littérale. L'estimation peut être substituée au payement en nature, toutes les fois qu'il y a pour l'emprunteur un préjudice trop considérable. Dans un contrat de bienfaisance, on ne pousse pas les choses jusqu'aux extrémités excessives du droit strict. On admet

---

[1] Sur la loi 35, Dig., *mandati* (*ad Africanum*, tract. 8).

les tempéraments qui rentrent dans les sentiments d'obligeance dont le créancier a donné la preuve. On se montre facile et l'on use de faveur [1], ainsi que le conseillait le jurisconsulte Julianus, quand il disait au magistrat d'être humain envers l'emprunteur : *Humanius facturus prætor* [2].

Or donc, pour substituer l'estimation à la chose, on ne demandera pas à l'emprunteur la preuve d'une impossibilité insurmoutable. Il suffira qu'il fasse la preuve d'une difficulté grave et onéreuse. C'est ce qu'ont enseigné sous l'ancien droit Doneau [3] et Cujas [4]. L'un et l'autre donnent pour exemple le cas où, pendant une disette extraordinaire, l'emprunteur serait forcé d'acheter la chose à rembourser auprès d'un vendeur qui, connaissant le besoin qu'il en a, abuserait de sa position pour exiger de lui un prix exorbitant. « *Si debi- » tor*, dit ce dernier, *ingenue fateatur se » vinum debere, paratumque se dicat*, IN » SUMMA INOPIA ET CARITATE VINI, *solvere æsti- » mationem, atque adeo petat beneficii gratia, » ut pro vino, sibi quanti vinum esset, dare » liceat.* » Et quant à Doneau, nous verrons tout à l'heure ses paroles [5]. L'article 1903 se réfère à ces notions; il ne doit pas être entendu dans un autre sens [6].

285. Du reste, il ne faudrait pas que l'emprunteur abusât de cette concession. En droit, il est débiteur d'une chose et non de son estimation. C'est cette chose qu'il doit payer; et si des circonstances rares, exceptionnelles et dignes d'intérêt peuvent obliger le créancier à accepter *aliud pro alio*, il serait contre l'équité d'étendre le bénéfice de l'art. 1903 à des cas où il n'y aurait pas la même nécessité. A plus forte raison devrait-on se montrer sévère s'il y avait, de la part du débiteur, mauvaise volonté affectée.

286. Mais sur quelle base se fera cette estimation que l'art. 1903 permet de mettre à la place de la chose?

On sait que la valeur des choses qui se consomment par l'usage, telles que le blé, le vin, l'huile, varie singulièrement suivant les temps et les lieux. Souvent, d'une année à l'autre, la différence de prix est très-considérable; ce qui se paye 10 en province se paye quelquefois 20 à Paris, et réciproquement, à cause du transport, du siége de la production, de l'abondance ou de la disette de chaque place.

L'estimation doit donc se faire eu égard au temps et au lieu. Quel temps et quel lieu choisira-t-on?

287. Deux cas peuvent se présenter : ou la convention a déterminé le temps et le lieu auxquels le payement devait être fait; ou elle est muette à cet égard.

288. Au premier cas, il ne saurait y avoir le moindre doute : on prendra pour base le temps et le lieu indiqués dans la convention. C'est ce que décide l'art. 1903, d'accord avec les lois romaines les plus formelles [7].

289. Au second cas, grande était la controverse dans le droit ancien. Car les lois romaines qui avaient traité ce sujet présentaient des disparates [8], au milieu desquelles les interprètes avaient fait les plus grands efforts de dialectique. C'est à la difficulté de saisir leur véritable sens que Cujas faisait allusion dans les paroles citées au n° 283.

Pour nous bien pénétrer de l'état de la question, étudions séparément ce qui concerne le temps et ce qui concerne le lieu.

290. Et d'abord voyons le temps qui doit être préféré quand la convention est muette.

Répétons-le. La question de savoir à quelle époque doit se faire l'estimation d'une chose dans le silence de la convention a toujours été considérée comme l'une des plus difficiles. Le président Favre l'a plusieurs fois traitée dans ses ouvrages [9]. Elle a occupé les plus grands interprètes, Cujas [10], Doneau [11], et plus anciennement

[1] Cujas regarde que c'est une grâce accordée au débiteur. Voyez le passage cité plus bas : « *Beneficii gratia.* »

[2] L. 21, Dig., *de reb. creditis*.

[3] Sur la loi 22, Dig., *de reb. credit.*, n° 4.

[4] Sur cette même loi (comm. du liv. 4 de J. Salvien : *Ex Minicio*).

[5] N° 291, *infra*.

[6] *Junge* Duranton, t. 17, n° 588. Mais il ne cite pas les autorités ponctuelles que j'ai invoquées.

[7] L. 22, Dig., *de reb. credit.* — L. 4, Dig., *de cond. tritic.* — L. 59, Dig., *de verb. oblig.*

[8] Julianus et Sabinus, l. 22, Dig., *de reb. credit.* — Caius, l. 4, Dig., *de condict. triticaria.* — D'autre part : Ulpien, l. 3, Dig., *de condict. trit.*

[9] *Conject.*, lib. 16, c. 1. — *De errorib. decad.* 84. *error* 10. — *Code*, lib. 4, tit. 2, def. 6 à 16. — *Rational. ad Pand.*, sur la loi 22, Dig., *de reb. cred.*

[10] Sur la loi 22, Dig., *de reb. cred.* — Dans son comm. de Salvius Julianus, lib. 4, *ex Minicio*.

[11] Sur la loi 22, Dig., *de reb. cred.*

Accurse et Bartole. On la retrouve dans Coquille [1], Henrys [2], Voet [3], Vinnius [4], Faehinée [5].

Voyons la décision de Julianus dans la loi 22, Dig., *de reb. credit.*, et celle de Caius dans la loi 4, Dig., *de condict. tritic.* Ils décident, l'un et l'autre, que l'on doit considérer la valeur de la chose au moment de la demande.

Comment se fait-il eependant qu'Ulpien, dans la loi 3, au Dig., *de cond. tritic.*, conseille au contraire de s'arrêter à la valeur au moment de la eondamnation ?

291. Éeoutons d'abord l'explication de Doneau [6].

« Du vin a été prêté [7], et le prêteur demande au magistrat l'autorisation d'appeler en justice l'emprunteur. On sait que du temps des jurisconsultes classiques, telle était la marche de la procédure. Nul ne pouvait être eité en justiee que par l'ordre et l'autorité du magistrat, devant lequel le défendeur venait ensuite, soit pour avouer la dette, soit pour contester et accepter le débat [8]. Or, le débiteur avoue qu'il doit ; mais il n'a pas de vin à rendre, et ceux auprès de qui il pourrait en acheter veulent le lui vendre trop cher [9]. Alors il serait bien rigoureux de condamner le débiteur à rendre la ehose même, et l'équité exige qu'il ne soit condamné qu'à l'estimation. C'est ee que décide très-bien et très-formellement Ulpien en prineipe général dans la loi 71, § 3, Dig., *de legat.* 1°, où il est dit que le débiteur ne doit être condamné qu'à l'estimation, lorsqu'il ne peut se procurer la ehose ou qu'on veut la lui vendre à un prix immense, *immensum pretium*.

» Mais quelle époque prendra-t-on pour faire l'estimation ? Voilà la question que se fait Julien d'après Sabinus.

» Et d'abord, s'il est dit dans la convention à quelle époque le vin devra être rendu, l'estimation se fera suivant la valeur du vin à eette époque [10].

» Mais si rien n'a été convenu à cet égard, il faut considérer [11] que l'emprunteur a été laissé dans l'incertitude sur l'époque; et alors quelle choisir ? Est-ce l'estimation au temps du contrat ? Non; car à ce moment l'emprunteur ne devait rien eneore ; et bien qu'il doive rendre un vin égal en quantité, qualité et bonté à eelui qu'il a reçu, ce n'est pas une raison pour qu'on s'arrête à l'époque de la réception. On tiendra eompte, sans aucun doute, de l'époque de la réeeption pour la qualité et la bonté, mais non pour l'estimation, qui est souvent indépendante de la bonté, et varie suivant la rareté ou l'abondance de la chose [12].

» Est-ee l'estimation au temps de la condamnation ? Non ; car ee qu'il faut toujours considérer, e'est le temps où le payement aurait dû être fait, ainsi que le dit Celsus d'uue manière absolue dans la loi *si calendis.*, Dig. *de re judicata* : « *Ex eo tempore* » *quidquid æstimatur, quo solvi potuit.* » Or, il n'y a que deux temps pour payer convenablement : ou l'époque indiquée par la convention, ou, s'il n'y en pas, eelle de la demande. C'est donc au jour de la demande qu'il faut se reporter pour estimer le vin prêté dans l'espèce ; et telle est la juste et raisonnable décision de Julien.

» Que penser maintenant, poursuit Doneau [13], de l'opinion d'Accurse et de Bartole, qui veulent qu'il n'en soit ainsi qu'autant que l'époque de la demande est celle où le prix du vin est le plus élevé ; ajoutant que si le prix est plus élevé lors de la condamnation, c'est cette époque qu'il faut ehoisir, attendu que le demaudeur doit profiter de l'augmentation qui a eu lieu depuis la demeure ? Rien n'est plus eontraire à la pensée de Julien !

» Vainement se prévalent-ils de la loi 3, Dig., *de condict. tritic.*, où Ulpien décide que l'estimation doit se faire d'après la valeur au moment de la eondamnation. Mais cela n'est vrai que lorsqu'il s'agit d'un corps

[1] Quest., eh. 106.
[2] Liv. 4, ch. 6, quest. 43.
[3] *De condict. tritic.*, n° 3.
[4] *Quæst. selectæ*, lib. 1, c. 39.
[5] *Cont.*, lib. 2, c. 74.
[6] *Loc. cit.*
[7] Sur les prestations eu vins, *voy.* Heurys, liv. 4, eh. 6, q. 44.
[8] Doneau, *loc. cit.*, n°s 2 et 3.
[9] Quid si res exstat, quæ petitur, sed non sit in ejus, eum quo agitur, potestate : sit aliena puta, et dominus eam nou vendat, *an nimio vendat? Recte videtur* ESSE INIQUUM *condemnari reum in eam rem quam* PRÆSTARE NON POSSIT (n° 4). Ces derniers mots prouvent, comme nous le disions au n° 284, qu'en cette matière on n'exige pas toujours du débiteur la preuve d'une impossibilité absolue.
[10] *Junge* Caius, l. 4, Dig., *de cond. triticaria.*
[11] N° 6.
[12] N°s 6, 8 et suiv.
[13] N° 7.

certain, et cesse de l'être quand il s'agit de choses fongibles qui sont considérées comme des quantités [1]. »

Après avoir ainsi exposé son système d'interprétation, Doneau le poursuit dans des développements pleins de science, au milieu desquels nous ne l'accompagnerons pas.

292. Une tout autre doctrine est enseignée par Cujas. Ce grand jurisconsulte réduit la conciliation des lois opposées à ce point unique : Le débiteur est-il en demeure, oui ou non? S'il n'est pas en demeure, c'est la loi 22, Dig., *de reb. cred.*, qui est la règle. S'il est en demeure, c'est à la loi 3, Dig., *de cond. trictic.*, qu'il faut se rattacher.

Étendons-nous un peu sur cette interprétation.

Quand Julien examine, dans la loi 22, Dig., *de reb. credit.*, la position des parties, il ne met pas en scène un débiteur récalcitrant et constitué en demeure. Loin de là! On sait qu'il n'y a demeure qu'autant que le défendeur résiste au moment de la litiscontestation, et qu'il nie ou refuse dans ce moment décisif [2]. Eh bien, le débiteur, loin de résister lors de la litiscontestation, avoue devant le magistrat qu'il doit rendre le vin prêté. Mais une grande disette ayant rendu le prix du vin excessif, il demande à en payer l'estimation au prix qui sera déterminé par le magistrat. Ainsi, point de mauvaise foi de la part du débiteur; point de retard et de demeure; point de doute non plus sur l'obligation qui est avouée : il s'agit seulement de régler l'estimation.

Si les parties se sont expliquées sur le temps du payement, on estimera le vin d'après la valeur à cette époque [3].

Sinon, d'après la valeur au jour de la demande. Et pourquoi? Il s'agit d'un jugement *stricti juris*, dans lequel on préfère l'estimation au temps de la demande. Il en est autrement dans les jugements *bonæ fidei*, où l'on considère plutôt l'époque du jugement [4].

Ne vous effrayez pas, du reste, de la loi 3, Dig., *de condict. tritic.* : elle n'a tant fait suer les interprètes que parce qu'ils se sont imaginé que la loi 22, Dig., *de reb. cred.*, avec laquelle ils n'ont pu l'accorder, parlait d'un débiteur mis en demeure, ce qui n'est pas; tandis que, dans la loi 3, Dig., *de cond. tritic.*, le cas de demeure se réalisait positivement.

Voilà pourquoi Ulpien veut, dans cette dernière loi, que si la chose a acquis plus de valeur au temps de la condamnation, on considère cette seule époque. On n'ignore pas, du reste, que si elle était dépréciée depuis la demeure, on préférerait l'époque de la demeure.

Que si l'on s'étonnait que le jurisconsulte ne prenne pas en considération le temps de la réception de la chose, je renverrais, dit Cujas, à mon commentaire de la loi *cum quis*, 22, *de oblig. et act.*, et à mon commentaire sur Africain [5].

293. Cette interprétation était la plus générale [6].

Néanmoins notre article s'en écarte profondément, sans toutefois donner raison aux opinions opposées. Ce que Julien avait formellement repoussé, il l'adopte, et il veut qu'on s'en tienne à l'estimation au temps où le contrat a été fait.

294. Du reste, l'art. 1903 se réfère, comme Julien, à une hypothèse où l'emprunteur n'a encouru aucune peine pour sa demeure. Il règle la position respective des parties, abstraction faite de tout retard, de toute faute. Ce n'est que dans l'art. 1904 que le législateur s'occupe de la forfaiture de l'emprunteur.

295. Mais, en ce qui touche le temps de l'estimation, pourquoi cette scission avec les oracles de la jurisprudence romaine? Pourquoi ce contraste entre le § 1er de l'art. 1903, qui oblige à subir l'estimation au temps du payement, et le § 2, qui remonte au jour du contrat? Ne semblerait-il pas que puisque le jour du payement expressément désigné est déterminant pour l'estimation d'après le § 1er de l'art. 1903, il faudrait ne pas s'écarter de cette époque alors qu'elle n'est que tacitement convenue? Le président Favre n'avait-il pas dit : *Nihil autem hac parte interest, an dies tacite insit stipulationi, an expresse adjectus sit* [7]?

296. J'ai cherché des raisons plausibles

[1] Nos 14, 17 et 31.
[2] L. 1, 2, 3, 4, Dig., *de usuris*.
[3] L. 59, Dig., *de verb. oblig.* — L. 4, Dig., *de cond. tritic.*
[4] L. 3, § *in hoc*, Dig., *commod.*
[5] Tract. 3, sur la loi *cum quis*.
[6] Godefroy, sur la loi 4, Dig., *de cond. tritic.* — Pothier, no 41, et *Oblig.*, no 143. *Voy.* cependant Toullier, t. 7, nos 59 et 61.
[7] Sur la loi 22, Dig., *de reb. cred.*, d'après la loi 60, Dig., *de verb. oblig.*

pour expliquer cette décision de notre article, et voici ce qui m'a paru le plus probable.

D'abord, la convention était silencieuse sur le temps du payement, le prêteur pourrait choisir, pour demander son remboursement, l'époque où la chose serait au plus haut prix, et le débiteur se trouverait grevé de cette exigence rigoureuse, étant obligé de rendre à grands frais ce qui valait beaucoup moins quand il l'a reçu.

Réciproquement, l'emprunteur ferait la même spéculation pour opérer le remboursement au temps de la plus grande baisse.

La règle uniforme donnée par l'art. 1903 exclut ces calculs dépourvus de loyauté.

De plus, si l'on eût exigé, comme dans le droit romain et l'ancien droit français, une demande destinée à fixer le temps de l'estimation, il aurait fallu que cette demande fût écrite et qu'elle-même fût en forme; de là des frais et des actes de procédure dans une matière qui y répugne. L'art. 1903 remédie à cet inconvénient.

Enfin, le contrat ne portant pas de terme, la chose est exigible à volonté et l'obligation de rendre a commencé aussitôt que la chose a été reçue. Il est vrai que, par un équitable tempérament, l'art. 1900 veut que dans certaines circonstances cette obligation de rendre ne soit pas exécutée avec trop de rigueur et que l'emprunteur jouisse d'un délai moral. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans d'autres cas, le prêteur peut exiger que la chose prêtée ce matin soit rendue ce soir. Or, en présence d'une telle obligation, il n'y a rien de forcé à ramener au temps du contrat l'estimation d'une chose dont le payement peut suivre de si près le temps du contrat.

Telles sont les considérations qui se sont présentées à moi pour justifier l'art. 1903. Elles ne manquent pas de force, et l'on n'est pas étonné, dès lors, que le Code civil ait abandonné les anciens errements.

297. Nous venons de parler du temps à considérer pour faire l'estimation de la chose.

Mais, comme nous l'avons dit, ce n'est pas seulement le temps qui fait varier le prix des choses, c'est encore le lieu; le lieu n'a donc pas moins d'importance que le temps. Il faut s'en occuper.

Voici ce qu'en disent les lois romaines :

Julien veut que (1), si l'on est convenu d'un lieu de payement, on prenne l'estimation de ce lieu. La convention dicte cette solution.

Mais, si rien n'est convenu, on se conforme au prix du lieu où la demande a été faite. Cujas fait remarquer qu'un décide du lieu par les mêmes raisons que l'on décide du temps, *eamdem esse rationem temporis et loci*. Dans les jugements de bonne foi, c'est le lieu du jugement (2); dans les jugements *stricti juris*, c'est le lieu de la demande (3).

298. Notre article a fait pour le lieu ce qu'il a fait pour le temps. Il se conforme à la loi romaine pour le cas où la convention s'explique sur le lieu du payement; mais quand il y a silence, il veut que l'on se réfère au lieu où l'emprunt a été fait.

299. Nous venons de dire (4) que l'article 1903 est étranger au cas de demeure. Nous allons passer à l'art. 1904, qui s'en occupe précisément.

ARTICLE 1904.

Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées, ou leur valeur, au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice.

SOMMAIRE.

300. L'emprunteur en retard doit payer les intérêts du jour de la demande judiciaire.
301. Les intérêts sont le maximum du dédommagement auquel le prêteur peut prétendre. Conciliation de l'art. 1904 avec l'art. 1149, Code civ. Opinion contraire de Zachariæ.
302. Conséquences de cette interprétation donnée à l'article 1904.
303. *Quid* si la convention se tait sur l'époque du payement?
304. Suite.

(1) L. 22, Dig., *de reb. credit.*
(2) L. 3, § *in hoc*, Dig., *comm.*
(3) L. 1, Dig., *de ann. leg.*
(4) *Supra*, n° 294.

COMMENTAIRE.

300. Quand il y a un terme préfix pour le remboursement, l'emprunteur doit se libérer à cette époque. S'il ne le fait pas, l'article 1904 le soumet au payement des intérêts à compter de la demande en justice. Il doit les intérêts des denrées, si ce sont des denrées qui ont été prêtées [1]; il doit les intérêts de l'argent, si c'est de l'argent qui a été prêté; enfin, il doit les intérêts de l'évaluation, si le payement a dû se résoudre en une évaluation.

301. Ces intérêts sont le dédommagement légal dû au prêteur pour un retard injuste; il ne peut en réclamer de plus étendu, et l'art. 1904 déroge à l'art. 1149 du Code civil [2]. Je n'ignore pas que Zachariæ enseigne que cet article n'a en vue que le prêt de sommes d'argent, et qu'il ne doit pas être étendu au cas où le prêt porte sur d'autres objets [3]. Mais j'ai de la peine à comprendre cette restriction en présence du texte si général de l'article 1904. Je crois donc devoir maintenir ma proposition. Il s'ensuit qu'il n'y a plus lieu, dans le droit moderne, de rechercher si la chose a augmenté de valeur depuis la demande, ou si elle a diminué, ainsi que nous avons vu l'ancienne jurisprudence le faire dans notre commentaire de l'article précédent. L'art. 1904 donne une règle plus prompte et d'une exécution plus facile; cette règle prévient des débats, des expertises, des longueurs de procédures, des pertes de temps. Soit que la chose ait augmenté ou diminué de valeur, la demande fait courir les intérêts.

302. Par là se trouve écartée une question qui avait fort préoccupé les anciens docteurs, et qui consistait à savoir si, dans le cas de remboursement en une monnaie courante d'une valeur légale différente de la monnaie prêtée, l'emprunteur, mis en demeure, devait faire compte au prêteur du préjudice que ce changement dans le cours avait pu lui occasionner. Dumoulin décidait avec raison, sous l'ancien droit, que ce changement devait être pris en considération à partir de la demeure [4]. Aujourd'hui, il ne saurait plus en être ainsi. La peine de la demeure est dans les intérêts légaux de la somme prêtée à partir de la demande en justice.

303. L'art. 1904 ne s'explique que pour le cas où la convention assigne au débiteur un terme de payement. *Quid juris* si elle est muette?

Dans le cas le plus habituel des art. 1900 et 1901, aucun dédommagement n'est dû au prêteur à partir de la demande. En accordant un délai, le juge déclare implicitement que le prêteur s'est trop pressé dans sa demande; que l'emprunteur ne doit rien encore; qu'il n'y aura pour lui obligation de rendre que lorsque le délai accordé sera échu. Dès lors il n'y a demeure de la part de l'emprunteur qu'autant qu'il laisserait écouler sans payement l'époque fixée par le magistrat.

Cependant ne donnons pas à cette solution une portée trop étendue. Il pourrait, par exemple, arriver que le juge, tout en reconnaissant que le créancier a usé des ménagements convenables, et que sa réclamation n'est pas précipitée, accordât au débiteur un délai de faveur plutôt que de justice étroite, en se fondant sur la disposition de l'art. 1244 du Code civ. Pourquoi, dans cette hypothèse spéciale, enlèverait-on à une demande juste en elle-même son caractère ordinaire de mise en demeure? Pourquoi ne modifierait-on pas alors les articles 1900 et 1901 par l'art. 1244?

304. Mais si l'emprunteur est en dehors des art. 1900 et 1901, si le juge reconnaît que le prêteur lui a adressé une réclamation légitime, il est évident qu'il devra les intérêts pendant tout le temps qu'il n'aura pas satisfait à la demande en justice.

---

[1] On sait que les denrées ne peuvent produire (article 1905, Code civ.).
[2] Duranton, t. 17, n° 590.
[3] § 395.
[4] *De usuris*, n° 693.

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT [1].

ARTICLE 1905.

Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

SOMMAIRE.

305. Transition. Le prêt à intérêt a été tour à tour permis et défendu. On en reconnaît aujourd'hui les avantages.
   Définition du prêt à intérêt. En quoi il diffère du prêt simple ou *mutuum*
306. Le prêt à intérêt portait habituellement chez les Romains le nom de *fœnus*. Éclaircissements à ce sujet.
307. Cependant on l'appelait quelquefois *mutuum*.
308. L'intérêt s'appelait *usura*. Usure est pris chez nous en mauvaise part.
309. L'intérêt est, sous un certain rapport, le fruit de l'argent.
   Sous un autre rapport, il est le prix du capital prêté.
   Toutefois ce prix ne change pas le contrat en un *louage*. Erreur de ceux qui ont transformé le prêt à intérêt en un louage de capitaux.
310. Examen de la question de savoir si le prêt à intérêt, conforme à l'utilité, est aussi conforme à la morale.
311. La loi de Moïse le défendait expressément entre Hébreux par des raisons politiques; elle le permettait avec les étrangers.
312. De l'Évangile et du sens qu'il faut attacher, soit d'après les théologiens, soit d'après l'opinion contraire de graves jurisconsultes, aux paroles de J. C. sur le prêt à intérêt.
313. Ne sont-ce pas plutôt les conseils d'une morale divine que des préceptes en forme de loi positive?
314. Aussi les empereurs chrétiens autorisèrent-ils le prêt à intérêt. Ils se bornèrent à en modérer le taux.
   Différence qu'ils font entre l'intérêt de l'argent et l'intérêt des choses consomptibles, le premier devant être moins élevé que le second.
   Raison de cette différence donnée par J. Godefroy.
315. Suite. — L'argent est à 12 p. c.
316. Lois de Théodose contre les usuriers, mais non pas contre le prêt à intérêt, toujours permis par la société civile.
   Cependant les évêques commençaient déjà à s'élever contre le prêt à intérêt.
317. Justinien s'occupe du taux de l'intérêt et l'abaisse.
318. Ainsi la loi civile, gardant son indépendance, maintient le prêt à intérêt, tout en le surveillant.
   Le seul Basile le Macédonien le défend absolument. Mais son fils fut obligé de le rétablir.
319. Malgré tous ces antécédents, les théologiens, les canonistes et beaucoup de jurisconsultes ont soutenu que le prêt à intérêt répugne à la loi naturelle et à la raison.
320. Arguments qu'ils mettent en avant.
321. Faiblesse de ces arguments. Point de vue historique.
322. Les révolutions dont l'usure a été la cause à Rome ne prouvent que contre l'usure et non contre le prêt à intérêt.
323. Il ne faut pas confondre l'usure et l'intérêt légitime.
324. Point de vue économique de la question.

---

[1] Le recueil connu sous le nom de *Tractatus tractatuum* renferme plusieurs traités *de usuris* (t. 7, p. 15 et suiv.).

Ils sont de Laurenzio de Rodolfi, Florentin, p. 15
— Ambroise de Vignate, 50
— Ant. de Rosellis, 66
— Guy Pape, 71
— Guill. Bout, 74
— Antonini, arch. de Florence, 78
— Jean de Capistrano (*De usuris, seu cupiditate*), 91
— J. B. Lupus, 113

Les ouvrages que je citerai le plus fréquemment dans le cours de ce commentaire sont les trois traités de Saumaise : 1° *De usuris*; 2° *De modo usurarum*; 3° *De fœnore trapezitico*, ainsi que le traité de Noodt, intitulé : *De fœnore et usuris*; et Dumoulin.

325. Point de vue juridique. Pourquoi ne pourrait-on pas tirer un profit des choses fongibles, puisqu'on tire un prix du louage des choses non fongibles?
326. On ne louera pas sans doute les choses fongibles, puisqu'elles ne sont pas susceptibles de louage; mais on fera un contrat particulier, appelé *fœnus* chez les Romains, et chez nous *prêt à intérêt*.
327. Au reste, si en droit et en théorie il y a de graves différences entre le louage des choses non fongibles et l'intérêt retiré des choses fongibles, il y en a peu dans les résultats.
L'erreur des adversaires du prêt à intérêt vient de ce qu'ils veulent trouver dans ce contrat, qui n'est pas en soi un louage, les conditions du louage.
328. Réponse à l'objection que les casuistes ont tirée des risques de la chose, mis à la charge de l'emprunteur dans le prêt à intérêt.
Si l'emprunteur est exposé à des chances de perte, le prêteur n'en a-t-il pas? et pourquoi les adversaires du prêt à intérêt n'en ont-ils pas tenu compte?
329. Réponse à une objection de Domat, prise de ce que le prêteur retire un profit d'une chose qui n'est pas à lui.
330. Réponse à l'argument pris de ce que le prêteur qui retire un profit de son argent, sans s'associer l'industrie de celui qui le fait valoir, commet une injustice.
331. Réponse à l'argument tiré de la gratuité du prêt.
332. Examen du célèbre argument de la stérilité de l'argent.
333. Singularité de certaines raisons empruntées aux livres saints pour fortifier cet argument.
334. Origine de cet argument dans un passage d'Aristote.
335. Faiblesse des idées économiques qu'Aristote a émises à ce sujet.
336. Suite.
337. Suite.
338. Suite.
339. Conclusion. Le prêt à intérêt est de droit naturel comme la vente et l'échange.
340. Réponse à une objection tirée du droit romain.
341. Réponse à certaines opinions de quelques philosophes, défavorables au prêt à intérêt.
342. Si le prêt à intérêt était réellement un délit, on n'aurait pas cherché de tout temps à s'en procurer les avantages par des moyens directs ou indirects et détournés.
Exemples qui prouvent que, même dans l'ancien régime, on pratiquait des placements à intérêt sous l'autorité de la loi.
Usages de plusieurs provinces. Jurisprudence de plusieurs parlements favorables au prêt à intérêt.
Opinion de Turgot.
Sage tolérance de la cour de Rome.
343. Conclusion.

COMMENTAIRE.

305. Le prêt à intérêt, longtemps permis chez quelques peuples anciens, longtemps défendu chez d'autres, proscrit par notre ancien droit, autorisé depuis la loi du 3-12 octobre 1789, est d'un usage fréquent, et les avantages en sont aujourd'hui universellement reconnus.

Il est inutile de le définir; il suffit de prendre un simple *mutuum* et d'y ajouter un prix. L'intérêt légal, payable à certaines époques, est le prix que la loi civile admet désormais, et qui féconde les capitaux par le crédit. Tout en laissant au *mutuum* ses conditions naturelles, il le modifie cependant, en ce qu'il lui enlève son caractère de gratuité et le fait passer dans la classe des contrats intéressés.

306. Chez les Romains, le prêt à intérêt portait le nom de *fœnus*. De même que le prix ajouté au commodat le métamorphosait en un contrat prenant un autre nom, le louage; de même, le prix introduit dans le *mutuum* lui faisait habituellement laisser son nom pour prendre celui de *fœnus*. *Fœnus*, dans l'exacte signification du mot (1), est un capital grossi de ses intérêts (2). A la vérité, il se prend quelquefois pour exprimer les intérêts (3). Mais, comme l'a démontré Saumaise par des autorités qui me paraissent concluantes, son sens propre est: un capital produisant intérêt. Le véritable nom de l'intérêt chez les Romains, c'est *usura*. L'*usura* n'est pas, à proprement parler, le *fœnus*; c'est le prix du *fœnus* (4). C'est ce qui fait dire à Tertullien que l'usure est *fructus fœnoris* (5); et voilà pourquoi les titres du Digeste et du Code, intitulés *de nautico fœnore*, ne portent pas le titre de

(1) Saumaise, *De usuris*, c. 2, p. 25, 30, 33. — C. 4, p. 81, il cite, p. 17, Nonius, qui dit: *Mutuum a fœnore distat quod mutuum sine usuris, fœnus cum usuris sumitur.*

(2) C'est pourquoi Diocl. et Maxim., dans la loi 3, C., *de nautico fœnore*, disent: « *Cum proponas te nauticum fœnus dedisse.* »

(3) Noodt, *De fœnore*, lib. 1, c. 3.—Saumaise, *loc. cit.*, p. 117, d'après Papinien, l. 9, Dig., *de usuris*

(4) Saumaise, *De usuris*, c. 4, p. 81.

(5) Cité par Saumaise, c. 5, p. 97. Ce passage est tiré de son livre *adversus Marcionem*, lib. 4, c. 17.

nautica usura, conformément au titre précédent, intitulé *de usuris*. C'est que dans le prêt à la grosse, où les intérêts ne se payent pas au fur et à mesure de certaines échéances, et où le capital forme avec les intérêts une masse que l'on rembourse d'un seul coup, le mot *fœnus* était le mot propre. Les jurisconsultes ont eu en vue un capital grossi de ses fruits [1].

Les grammairiens, tels que Varron, Festus, Nonius et Aulu-Gelle, ont fait dériver *fœnus* de *fœtus*, *quasi fœtura* [2]. Saumaise prétend que cette étymologie est *fausse et inepte* [3]. Je ne le suivrai pas sur ce terrain, trop périlleux pour qui n'a ni son érudition ni sa confiance dans les conjectures grammaticales.

307. J'ai dit que le *mutuum* perdait son nom quand il était accompagné de la stipulation d'intérêts. Toutefois il arrive de temps en temps que les textes donnent au *fœnus* le nom de *mutuum* [4]. C'est le nom du simple donné au composé.

308. Comme je le disais, l'intérêt est vulgairement appelé *usura* chez les Romains. Saumaise a recherché l'origine de ce mot : il admet que les anciens auteurs latins employaient le mot *usura* pour *usus* [5]; mais il veut que, dans le prêt à intérêt, *usura* ait une autre valeur. Employé pour exprimer l'argent que paye l'emprunteur, il signifie, suivant Saumaise, le prix de l'usage et non pas l'usage même. C'est ainsi que *vectura* se prend pour le prix du transport, *latura* pour le prix du fardeau porté par l'homme de peine, *mercatura* pour le prix de la marchandise [6].

Chez nous, le mot *usure* est toujours employé en mauvaise part, et qualifie un délit. C'est par le mot *intérêt* que nous rendons l'idée que les Romains attachaient à l'*usura*.

309. L'intérêt se montre naturellement à l'esprit comme un fruit de l'argent [7]. On l'a défini : « Accessionem crescentis in dies » singulos pecuniæ. » Isidore dit : « *Incre-* » *mentum fœnoris* [8]. » En effet, il vient chaque jour accroître le capital comme un fruit qui s'ajoute annuellement à la chose frugifère. Scævola et Africain l'appellent le revenu de l'argent [9]. Ulpien ajoute : *Usuræ vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari* [10]. D'après le Code civil, l'intérêt est un fruit civil [11].

Sous un autre rapport cependant, l'intérêt est un prix; c'est le prix de ce qui est livré à l'emprunteur [12]. Voilà pourquoi Horace a dit :

Hic quinas capiti MERCEDES *exsecat* [13];

et pourquoi aussi beaucoup d'écrivains latins ont comparé le *fœnus* à un louage [14]. Il n'est cependant pas un louage proprement dit : il diffère du louage par des caractères essentiels, puisqu'il est un *mutuum*. Mais il procure des avantages analogues; il utilise les choses fongibles, comme le louage utilise les choses non fongibles. Il n'est donc pas étonnant que les écrivains peu familiers avec le droit l'aient confondu avec le louage. Cette confusion tient à la parité qui règne entre l'intérêt (*usura*) et le prix du louage (*merces*) [15]. L'intérêt est le prix du sort principal transféré pour un temps à l'emprunteur. *Usuræ propter usum medii temporis perceptæ*, a dit Papinien [16]. On sait, en effet, que celui qui paye tard est censé moins payer : *Minus solvit qui tardius solvit*. Ce retard concédé au débiteur qui va jouir de la chose prêtée, tandis que le prêteur en sera privé, constitue pour le premier un avantage et pour le second une perte, dont l'intérêt, l'*usura*, est le prix [17].

310. Par l'art. 1905, le législateur moderne a définitivement assuré au prêt à intérêt une légitimité qui lui a été longtemps et souvent contestée, soit au nom du droit naturel, soit au nom du droit ecclésiastique,

---

[1] Saumaise, *De usuris*, c. 2, p. 24.
[2] Aulu-Gelle, lib. 16, c. 12.
[3] P. 21.
[4] L. 12, Dig., *de usuris*. — L. 4, Dig., *si cert. petat.* — L. 14 et 8, C., *de usuris*. — Saumaise, *De usuris*, c. 5, p. 100.
[5] Plaute, *Trinummus* : « *Nec adeo haece emi mihi, nec usuræ meæ.* »
[6] *De usuris*, p. 83.
[7] Saumaise, *loc. cit.*, ch. 6, p. 125. Il cite Démosthènes, p. 200.
[8] Saumaise, p. 94, 95, 96.
[9] L. 30, Dig., *de adim. legatis*. — L. 24, Dig., *de præscript. verbis*.
[10] L. 34, Dig., *de usuris*.
[11] Art. 584 et 547.
[12] Saumaise, *De usuris*, p. 95.
[13] Lib. 1, satir. 2, v. 14. — *Junge* satir. 3, v. 86. — Perse, satir. 6, v. 67 : « *Fœnoris accedat merces.* »
[14] Noodt, *De fœnore*, lib. 1, c. 6, les cite. — Saumaise également, *De usuris*, c. 7, p. 160 et suiv.
[15] Noodt, l. 1, c. 2, p. 152.
[16] L. 38, § 6, Dig., *ad senatusc. Trebelliani*.
[17] Grotius, lib. 2, c. 11, nº 20.

soit au nom du droit civil. Nous devons montrer que l'art. 1905, en recevant le contrat de prêt à intérêt parmi les contrats reconnus par la loi et couverts de la protection du législateur, n'a ni failli à la raison, ni sacrifié l'utilité à la morale.

311. D'abord, il faut le reconnaître sans détour, la religion de Moïse, qui surpassa de beaucoup les autres religions de l'antiquité, défendait sévèrement le prêt à intérêt entre Hébreux. Toutefois, elle le permettait au Juif à l'égard des étrangers avec lesquels il commerçait. Saumaise [1], Noodt [2] et autres ont soutenu que la prohibition tenait à des nécessités politiques; car il est à remarquer qu'elle ne faisait pas partie des commandements de Dieu, de ce code de vérités éternelles qui sont la loi de tous les hommes civilisés! C'est ailleurs qu'elle a été écrite [3]. Elle est un précepte municipal, approprié sagement à l'utilité d'une nation petite et pauvre, plus agricole que commerçante, d'un cœur dur et avare, dont il fallait adoucir le caractère et resserrer les liens intérieurs [4]. Comment peut-on supposer que si Moïse eût considéré le prêt à intérêt comme radicalement contraire au droit naturel, et comme marchant de pair avec le vol, l'adultère, le mépris de Dieu, il l'eût permis à l'égard des nations étrangères avec lesquelles les Hébreux entretenaient des rapports commerciaux [5]? On ne saurait faire une telle injure à la morale de ce grand législateur! On peut donc soutenir que la défense du prêt à intérêt tenait à des considérations nationales et à des causes purement relatives [6]. Moïse voulait plier les Hébreux à des sentiments de charité; il voulait en faire un peuple de frères. De là, tous les préceptes des livres saints pour calmer la hâte de s'enrichir [7], pour exalter les humbles, pour secourir les pauvres [8], pour ne pas maltraiter les esclaves [9], pour ménager le débiteur, respecter son domicile, attendre le payement de la dette plutôt de sa bonne volonté que de la contrainte [10]; de là, la remise et l'abolition des dettes tous les sept ans [11], dans cette année sabbatique, où toutes les affaires étaient arrêtées, et dont Tacite n'a pas compris le caractère profondément religieux quand il l'a appelée une année de paresse, *annum ignaviæ* [12]. Et comme le prêt à intérêt, quand il est poussé hors des bornes légitimes dans lesquelles il n'est pas toujours facile de le contenir, est une cause de division, d'inimitiés, de discordes [13], Moïse aima mieux le supprimer tout à fait pour ôter toute occasion et tout sujet de haine. Par cette sévérité, Moïse avait réussi en partie dans ses profonds desseins. Les Juifs conservaient entre eux une fidélité inébranlable et de louables sentiments de sympathie [14]. Mais les étrangers leur étaient odieux [15], et l'aversion qu'ils leur portaient dépassait certainement la pensée de leur législateur. Ce grand homme n'avait voulu que mettre son peuple à l'abri de la contagion de l'idolâtrie à laquelle étaient vouées les nations étrangères, mais non pas exciter des inimitiés absurdes [16].

312. L'Évangile est une loi plus parfaite et plus générale que la loi mosaïque. Il ne s'adresse pas à une seule contrée : il étend à l'univers son sublime enseignement. Or, est-il vrai que cet enseignement ait prononcé contre le prêt à intérêt des anathèmes pareils à ceux de Moïse? Saumaise [17], Noodt [18], Doneau [19] et autres ont soutenu la négative. Dans saint Luc, dont on a invo-

---

[1] *De usuris*, c. 20, p. 603 et 604.

[2] *De fœnore*, lib. 1, c. 10.

[3] Exod., XXII; *Deutér.*, 19, v. 19 et 20. « Vous ne » prêterez à usure à votre frère ni argent, ni grain, ni » quelque chose que ce soit; mais seulement aux étran- » gers. » Dans le *Lévitique* (ch. 25, v. 35), la prohibition est moins absolue :

« Si votre frère est devenu fort pauvre et qu'il ne » puisse plus travailler des mains, et si vous l'avez reçu » comme un étranger qui est venu d'ailleurs, et qu'il ait » vécu avec vous, ne *prenez pas d'intérêt de lui, et ne* » *tirez pas de lui* plus que vous ne lui avez donné.

» Vous ne lui donnerez pas votre argent à usure, et » vous n'exigerez point de lui plus de *grains* que vous ne » lui en aurez donné. » — *Junge* Proverb., XXVIII, v. 11. — Ezechiel, XVIII, v. 8. — David, psalm. 14, v. 1 et 5, et psalm. 54 et 71.

[4] Deutér., c. 15, v. 8 et 9.

[5] *Id.*, c. 28, v. 12, 44; 15, 3, 6.

[6] Saumaise, *De usuris*, c. 20, p. 603, 604 et suiv., et Noodt (*loc. cit.*).

[7] Proverb., XXVIII, v. 8, 11, 16, 20, 22.

[8] Deutér., c. 15.

[9] *Id.*

[10] *Id.*, c. 24, v. 6, 10, 11, 13.

[11] *Id.*, c. 15, v. 11 et suiv.

[12] Hist., v. 4.

[13] Tacite, 6, Annal., 16. — Appien, lib. 1, *De bellis civil.*

[14] *Apud ipsos* (dit Tacite, v. 5), *fides obstinata, misericordia in promptu.*

[15] *Adversus omnes alios hostile odium* (*id.*).

[16] Exod., XXIII, 9. — Deutér., XXIV, 17; X, 18, 19. — Lévit., XIX, 34.

[17] *De usuris*, ch. 21, p. 631.

[18] *De fœnore*, lib. 1, c. 11.

[19] Sur le C., *de usuris*.

qué le texte [1], Jésus-Christ, s'adressant à ses disciples et au peuple, prononce ce divin discours, dans lequel il recommande de bénir ceux qui maudissent, de tendre la joue à celui qui frappe, de ne pas demander son bien à celui qui l'emporte; puis il ajoute : « Si vous prêtez à *ceux de » qui vous espérez recevoir*, quel gré vous en » saura-t-on, puisque les pécheurs mêmes » prêtent aux pécheurs afin d'en recevoir » un pareil avantage? Mais aimez vos enne- » mis, faites du bien, et *prêtez sans rien es- » pérer*; et alors votre récompense *sera » très-grande*, et vous serez les enfants du » Très-Haut. » C'est à ces dernières paroles que les théologiens se sont arrêtés pour y trouver la confirmation et le perfectionnement des préceptes de Moïse. Pénétrés de l'idée que le christianisme est un grand progrès sur la loi mosaïque, ils enseignèrent que Jésus-Christ avait fait entrer dans le code de toutes les nations une défense instituée par Moïse pour le seul peuple juif; qu'il avait levé les barrières de la loi antique et confondu dans une même famille de frères tous les enfants de Dieu. Mais les théologiens n'ont pas fait attention que Jésus-Christ s'élève ici bien au-dessus des régions politiques et humaines, que c'est l'idéal de la perfection morale qu'il promulgue [2], que c'est le sacrifice de soi-même qu'il demande à l'homme régénéré, et le renoncement à tous les intérêts temporels qui détournent le cœur de la pensée du Très-Haut [3]. Non-seulement les intérêts et les passions doivent se taire, mais il faut qu'ils soient immolés avec une joie héroïque dans un martyre intérieur. Si donc un chrétien prête à l'autre, que ce ne soit pas avec l'espérance d'une restitution ou d'une réciprocité de service. Il n'y a qu'un mérite vulgaire à faire le bien sous l'influence de telles sollicitudes; mais une âme chrétienne va bien au delà. Le chrétien doit être prêt à tout perdre, même son capital, comme il sacrifiera son bien sans regret quand un autre l'emportera [4].

Tel est le langage de la charité chrétienne dans ce qu'elle a de plus haut. Jamais conseils plus purs et plus admirables n'avaient été donnés à la conscience. Mais est-ce à dire que Jésus-Christ, sortant de son royaume spirituel pour envahir le royaume de César, a entendu substituer une nouvelle loi temporelle à la loi temporelle des nations? Est-ce que, par un changement radical de toutes les notions reçues en matière de contrat, il aurait commandé au for extérieur de supprimer du commodat l'action *commodati*, et du *mutuum* la condiction, organisées par la législation romaine? Non certes. Les lois de l'État, qui doivent tenir compte dans une certaine mesure de la faiblesse humaine, ont continué à donner au prêteur une action civile pour recouvrer sa chose, et Jésus-Christ ne les condamne pas. Moins parfait sans doute sera celui qui les suivra. Il n'atteindra pas les hauteurs de la vie sainte; mais il n'est pas écrit qu'il commettra un péché, et jamais les plus inflexibles interprètes des textes sacrés n'ont condamné l'action en justice pour obtenir la restitution de la chose prêtée.

313. Il est donc bien difficile, du moins en se laissant aller à une interprétation rationnelle des textes, il est bien difficile de croire que la vieille prohibition hébraïque ait été rajeunie par l'Évangile en forme de loi positive, et que Jésus-Christ ait voulu l'imposer au monde chrétien par une sanction nouvelle. Le divin Sauveur ne frappe pas plus de sa réprobation l'intérêt de l'argent que l'action en restitution de la chose prêtée. Si l'on qualifie d'infraction le prêt à intérêt, il faut nécessairement aller jusqu'à traiter avec la même sévérité la demande du prêteur qui réclame son capital; car les paroles de Jésus-Christ ne distinguent pas : elles veulent que la charité du chrétien soit inépuisable, soit en ce qui concerne les fruits, soit en ce qui concerne le sort principal! Or, au point de vue du raisonnement humain, n'y a-t-il pas là un sérieux avertissement de ne pas confondre les conseils d'une charité fervente avec les préceptes du droit positif [5], et de ne pas transformer en une règle extérieurement obligatoire des avertissements qui n'ont en vue que la perfection spirituelle? C'est ce que paraît confirmer la parabole des talents [6], empruntée

[1] Ch. 6, v. 34 et 35.

[2] Tertull., lib. 4, *adversus Marcionem*, dit que le précepte de prêter sans usure a été une préparation à la loi *plus parfaite* de prêter en étant prêt à supporter la perte du capital.

[3] D'ailleurs quelquefois l'hyperbole est un moyen d'arriver au vrai. (Sénèque, *De benef.*, lib. 7, c. 22 et 23.

[4] Saumaise, c. 20, p. 623.

[5] Tronchet dit au conseil d'État que c'était un *conseil* et non un *précepte* (Fenet, t. 14, p. 438).

[6] Saint Matthieu, XXV, v. 14 et suiv. Saint Luc, XIX, v. 13.

aux habitudes commerciales des peuples au milieu desquels les disciples devaient bientôt vivre [1]. Jésus-Christ appelle serviteur méchant et paresseux celui à qui son maître avait confié un talent, et qui, au lieu de le mettre entre les mains des banquiers pour le faire valoir et procurer à son maître un intérêt [2], l'a enfoui en terre. Mais il loue comme serviteur bon et fidèle celui qui, ayant reçu cinq talents, les fit profiter et doubla le capital de son maître [3].

314. Aussi, qu'est-il arrivé? C'est que les empereurs chrétiens les plus orthodoxes, parmi eux qui occupèrent le trône depuis Constantin, autorisèrent le prêt à intérêt [4].

Constantin fit, en 325, une constitution pour en régler le taux dans des bornes plus modérées qu'il n'avait été fait jusqu'alors. On était dans l'habitude de percevoir des intérêts tant pour les prêts de fruits consomptibles [5] que pour les prêts d'argent. La même année où le concile de Nicée défendit l'usure aux clercs [6] d'une manière absolue et pour toute espèce de choses prêtées, Constantin décréta pour règle de la société civile que, dans le prêt de fruits tels que vin, huile, froment, grains, le prêteur ne pourrait exiger plus de 50 pour cent, c'est-à-dire trois mesures pour deux. Le prix de ces denrées est incertain et variable. Elles peuvent être chères au moment du prêt, et bon marché au moment de la restitution. Le créancier court donc une chance aléatoire dont il doit être indemnisé par un intérêt plus élevé que celui de l'argent [7]; d'ailleurs, plusieurs de ces denrées sont frugifères et rendent beaucoup quand elles sont confiées à la terre [8], tandis que l'argent est stérile d'après le sentiment des anciens philosophes [9] et des jurisconsultes [10]. Ainsi raisonne le savant Godefroy [11].

315. Puis Constantin règle l'intérêt de l'argent; il le limite à 12 pour cent par an : *Pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetutur accipere* [12]; c'était l'ancien taux légal [13].

316. En 386, l'empereur Théodose le Grand édicte des peines contre les usuriers qui rongeaient le peuple, opprimaient les malheureux colons et les forçaient à fuir; mais il maintient l'intérêt de l'argent [14]. Les évêques cependant et les Pères s'étaient déjà élevés contre l'usage du prêt à intérêt [15].

317. Justinien pose une limite plus modérée : 4 pour cent quand le prêt est fait par des personnes illustres, 8 pour cent quand il est fait par des commerçants, 6 pour cent par les autres personnes, 12 pour cent dans les contrats à la grosse.

L'intérêt moratoire est de 6 pour cent [16].

A l'égard des cultivateurs, défense d'exiger d'eux plus de 4 1/6 pour cent [17].

318. Ainsi, la loi civile conserve son indépendance; tout en améliorant le sort du débiteur, elle fait la part du créancier.

Dans la série des empereurs chrétiens, on ne trouve que Basile le Macédonien qui ait défendu l'intérêt avec la rigueur des Pères de l'Église [18]; mais son fils Léon le Philosophe [19] fut obligé de le rétablir [20]. Il expose les motifs de spiritualité qui ont dirigé son père et les raisons d'utilité qui forcent à revenir à des pratiques moins parfaites. L'argent s'est resserré, la source des prêts semble tarie, les pauvres emprunteurs trouvent le capitaliste impitoyable; en sorte que la loi, faite pour les favoriser, tourne en réalité contre eux; ou bien on exige d'eux des usures clandestines, et les faux serments déshonorent les consciences.

319. De tels antécédents auraient dû, ce

[1] Saumaise, *De usuris*, ch. 21, p. 631.

[2] Exegissem quod meum est *cum usura* (saint Luc, *loc. cit.*).

[3] Une mine en avait produit dix : « *Mina tua* FECIT *decem minas*. » Saint Luc (*loc. cit.*).

[4] L. 6, C. Théod., *de denunciat.* (Arcad., Honorius et Theod., an 406) : Si quis debiti, vel *quod ex fœnore*, vel *mutuo, data pecunia sumpsit exordium*, etc., etc. (*Voy.* Godefroy, t. 1, p. 118 et 120, et notre Préface.)

[5] *Fruges humidas vel arentes*, dit Constantin.—L. 1, C. Théod., *de usuris*.

[6] Canon 17. *Voy.* notre Préface.

[7] L. 23, C. Just., *de usuris* (Philipp.).

[8] Pline, lib. 5, c. 4.—Pline, lib. 18, c. 17.

[9] Aristote, 4, *Ethiq.*, 1.—Aristote, 1, *Politiq.*, 6, 7.

[10] Just., *Inst.*, *de usuris*, § 2.—L. 1 et suiv., Dig., *de usuf. ear. rer.*

[11] Sur la loi 1, C. Théod., *de usuris*, p. 270.

[12] *Centesimas usuras*, c'est-à-dire si 100 francs ont été prêtés, 1 franc par mois sera l'intérêt, 12 p. cent par an. *Voy.* notre Préface.

[13] L. 4, § 1, Dig., *de naut. fœnore*.—L. 26, C. *Inst.*, *de usuris*.

[14] L. 2, C. Théod., *de usuris*. *Voy.* notre Préface.—Godefroy, sur cette loi.

[15] Saint Ambroise, ép. 70. — Saint Basile. —Saint Chrysostome et autres cités dans notre Préface.

[16] L. 26, C., *de usuris*.

[17] Nov. 32, 33, 34.

[18] Il régna en 867 et fit procéder à une révision de la législation de Justinien (Gibbon, t. 9, p. 197).

[19] Il succéda à Basile en 886 (Gibbon, t. 9, p. 198).

[20] Saumaise donne sa constitution en entier en tête de son traité *De usuris*. *Voy.* dans notre Préface la traduction.

semble, mettre le prêt à intérêt à l'abri du reproche de blesser la loi naturelle et de répugner aux conditions élémentaires des conventions. Peut-être aurait-on pu, au nom des misères publiques et dans une vue d'humanité, exiger des capitalistes la gratuité du prêt et imposer une sorte de trêve sabbatique à l'exercice de l'argent. Les temps de grandes calamités par lesquels sont passées les classes moyennes et inférieures auraient donné une couleur d'équité à cette suspension de la liberté des conventions. Mais soutenir que les législations grecques et romaines avaient été sourdes au sens intime, quand, sur la foi des plus grands jurisconsultes, elles avaient cru que le prêt à intérêt était un contrat aussi rationnel et aussi légitime qu'un autre, c'était une entreprise plus difficile et plus hardie. Cette thèse fut cependant abordée par les canonistes, les théologiens et quelques civilistes timorés [1]; et leurs décisions, adoptées par les lois civiles de notre ancienne monarchie [2], jetèrent une longue confusion dans les idées juridiques et dans les consciences.

320. Voici leur raisonnement :

Dans le contrat de vente, la raison indique qu'il doit y avoir un prix; car il faut que le vendeur reçoive l'équivalent de la chose dont il a transféré la propriété à l'acheteur. Mais, dans le prêt, pourquoi un prix, puisque la chose doit être rendue? Pourquoi quelque chose de plus que ce qui a été prêté?

Dira-t-on que c'est pour l'usage de cette chose? Erreur énorme. Le prêt de consommation rend l'emprunteur propriétaire. Comment donc pourrait-il y avoir un usage distinct de cette propriété qui lui a été transmise pour qu'il s'en serve? Est-ce que la propriété ne renferme pas l'usage? Si donc on exige un prix pour l'usage, on exige un prix pour ce qui n'existe pas [3].

Dans le louage, rien de plus juste que le prix qui est l'un des éléments du contrat. Le locateur reste propriétaire de la chose; seulement il en communique l'usage et cet usage distinct de la chose même, cet usage qui doit être assuré au preneur pendant toute la durée du contrat, sert de base naturelle à un prix. Ajoutez que les risques de la propriété sont pour le bailleur, et que dès lors la légitimité du loyer payé par le preneur est frappante par son évidence; car si le preneur retirait gratuitement les avantages de la chose, tandis que le preneur en souffrirait la perte ou la diminution, l'égalité du contrat se trouverait blessée.

Mais, dans le prêt de consommation, le prêteur n'a aucune diminution, ni aucune perte à supporter. L'emprunteur est toujours obligé de rendre, quand même la chose aurait péri entre ses mains. Le prêteur n'est pas non plus chargé de faire jouir; la chose est aux risques et périls de l'emprunteur. Enfin l'emprunteur ne fait que posséder sa chose propre : « Quand il s'en sert, » dit l'un des jurisconsultes qui passaient dans l'ancien régime pour avoir le mieux démontré l'accord du conseil évangélique avec la raison juridique, « quand il s'en sert, c'est sa » chose propre qu'il met en usage. Ce» lui qui l'avait prêtée n'y a plus aucun » droit [4]. »

L'intérêt du prêt est donc inique; il blesse l'égalité requise dans les contrats. Le prêteur prend un profit sûr, où celui qui emprunte peut n'avoir que de la perte. Il prend un profit d'une chose qui n'est pas à lui [5].

Dira-t-il que si l'emprunteur fait des bénéfices avec l'argent prêté, il n'est pas injuste que l'intérêt le dédommage, lui prêteur, qui s'est dépouillé de son argent? Vain détour! prétexte injuste! L'argent, par sa nature, est stérile; il ne produit des profits que lorsqu'il est mis en usage par l'industrie de l'emprunteur, avec des hasards et des chances de perte [6]. Pourquoi donc le prêteur, qui ne prend pas part à cette industrie, qui ne participe pas à ces hasards et à ces chances [7], viendrait-il prélever à coup sûr la part anticipée d'un bénéfice douteux? Où a-t-on vu, en droit, que l'on pût, sans inhumanité et même sans crime, se décharger de la perte et s'assurer du gain [8]?

L'usurier dit qu'il fait plaisir. Eh bien, c'est pour cela que le prêt doit être gratuit. Le bienfait ne saurait entrer en commerce:

[1] Alciat, lib. C., *Parerg.*, c. 201. — Le président Favre (*De errorib. pragmat.*, p. 1, decad. 10, error 1, nº 1). — Domat, liv. 1, t. 6. — Pothier, nºs 55 et suiv. — Grotius, lib. 2, *De jure pacis*, c. 12, nº 20, repousse le prêt à intérêt d'après la loi religieuse, mais non d'après le droit naturel.

[2] Pothier, nº 67, les cite. *Voy.* notre Préface.

[3] Saint Thomas, q. 78, art. 1er de sa seconde somme. — Pothier, nºs 55 et 56.

[4] Domat, liv. 1, t. 6.

[5] *Id.*

[6] *Id.*

[7] *Id.*

[8] *Id.*

Beneficium non fœneramur, dit très-bien Cicéron [1], quoiqu'il ne fût pas éclairé des lumières de la loi divine [2]. Que si le prêteur veut faire du prêt une source de profits, il faut qu'il trouve une cause légale à ces profits, et la raison s'y refuse invinciblement, comme on vient de le voir.

L'usurier ajoute qu'il se prive d'un gain en prêtant son argent. Est-ce que le prêt est inventé pour faire des profits ? On n'est pas plus obligé de prêter que de donner. Si l'on prête, que ce soit dans un esprit de libéralité, comme quand on donne ; ainsi le veut la nature du prêt. Si, au contraire, on veut faire des profits, que l'on ne prête pas. Il y a d'autres contrats auxquels on peut avoir recours pour faire profiter son argent. Mais employer le prêt à se procurer des gains, c'est fausser les lois essentielles de ce contrat, c'est établir une lutte inégale entre la cupidité et l'indigence [3], et rendre celle-ci la proie de celle-là.

L'usure, d'ailleurs, est la source de mille maux. Elle engage l'usurier à la fainéantise [4]; elle est une servitude pour l'emprunteur [5]. Elle est mère des séditions et des discordes [6]. Elle ruine les fondements de l'ordre social [7], et l'on doit la mettre au rang de l'idolâtrie, de l'adultère et des autres grands crimes [8]. Voilà pourquoi les philosophes et les politiques anciens, qui ne connaissaient cependant pas l'Évangile, l'ont représentée comme un acte odieux [9]. Les jurisconsultes eux-mêmes reconnaissent que le profit de l'usure n'est pas naturel : « *Usura » non natura pervenit ; sed jure percipitur* [10]. » — « *Usura pecuniæ, quam percipimus, in » fructu* non *est : quia non ex ipso corpore, » sed ex alia causa est ; id est, nova obliga- » tione* [11]. »

321. Si ces raisons eussent été seules, elles auraient pu passer pour faibles [12]. Mais elles s'abritaient derrière les ordonnances de nos rois et les décisions de l'Église; la respectable autorité de la loi positive et de la loi religieuse couvrait de son prestige le peu de solidité du commentaire par lequel les juristes cherchaient à expliquer ces lois.

322. Et d'abord, les révolutions romaines ne prouvent rien contre le prêt à intérêt. Ce qui causa dans Rome les agitations dont parlent les historiens, ce furent les excès d'une usure abominable [13], fruit de l'avarice des patriciens. Quel est le contrat dont la cupidité ne peut abuser ? Faut-il proscrire la vente parce que la lésion peut en faire un instrument de fraude ?

323. J'accorde que l'usure est un vice ; l'usurier mérite d'être flétri, parce qu'il manque de cœur et d'entrailles ; ni les moralistes ni les philosophes n'en ont trop dit pour le signaler à l'indignation et au mépris public. Mais qu'importe pour celui qui prête au taux modéré fixé par la sagesse du législateur ?

Laissons donc de côté des déclamations qui portent à faux. La simple distinction de l'intérêt et de l'usure suffit pour les renverser.

324. Quant au point de vue économique, je n'en dirai rien. Je ne veux pas profiter des avantages de discussion que me donnent quarante années d'expérience pratique, pendant lesquelles le prêt à intérêt, élargissant les mille canaux du crédit public et particulier, y a fait circuler avec abondance les capitaux qui ont fécondé l'agriculture, le commerce, l'industrie !

325. Mais venons à la partie dogmatique de l'argumentation des adversaires du prêt à intérêt, et montrons qu'elle n'est imposante que par une certaine forme savante à laquelle manque le fond.

D'abord il est assez singulier que, tandis que les choses non fongibles peuvent être ou gratuitement communiquées, ou utilisées par un profit qu'on en tire, les choses fongibles soient placées dans une condition inégale, et que leur propriétaire ne puisse

[1] *De amicitia.*
[2] Domat, *loc. cit.*
[3] *Id.*
[4] Pour prouver cette proposition, Domat rappelle un texte insignifiant. Il aurait pu citer de préférence ces mots de Pline : *Fœnore quæstuosaque segnitia*, lib. 33, c. 14.
[5] *Qui accepit mutuum servus est fœnerantis* (Prov., 22, 7).
[6] Tacite, *Annal.*, 6 : « *Seditionem, discordiarumque creberrima causa.* » Appien, lib. 1, *de bellis civilibus.*
[7] Domat, *loc. cit.*
[8] Domat, *loc. cit.*
[9] « Primum improbantur hi quæstus, qui *in odia* » hominum incurrunt, ut fœneratorum. » (Cicér., lib. 1 *Offic.*) — *Junge* Caton, *De re rust.*; Tacite, *Annal.*, 6. *Voy.* notre Préface.
[10] L. 62, Dig., *de rei vind.*
[11] L. 121, Dig., *de verb. signif.*
[12] Fremery a grande raison de dire qu'elles ne sont pas soutenables (*Études sur le droit comm.*, note, p. 72).
[13] Pline, 33, c. 14 et 47. Je renvoie aux détails que renferme ma Préface.

que les prêter sans intérêt. Quelle que soit la différence qui existe entre les choses fongibles et les choses non fongibles, la raison ne peut comprendre celle-ci. Elle dit que de même qu'en introduisant dans le commodat un élément nouveau, le prix, on arrive à un contrat licite, appelé louage, de même il est permis, en ajoutant au *mutuum* un prix raisonnable, d'en faire un autre contrat appelé *fœnus*, tout aussi respectable que l'autre [1].

Il faut s'étonner vraiment que ceux qui autorisent à changer le commodat en louage par un prix défendent de changer le *mutuum* en *fœnus* par l'adjonction d'un élément semblable !

326. Est-ce parce que les choses non fongibles sont susceptibles de louage, tandis que les choses qui se consomment par l'usage, et dont la propriété est nécessairement transférée pour qu'on en puisse jouir, ne sauraient être louées? Qu'importe! Aussi ne disons-nous pas que l'on loue les choses fongibles : nous disons, avec les Romains, qu'elles donnent lieu à un contrat distinct du louage et appelé *fœnus ;* nous disons, en droit français, qu'elles sont *prêtées à intérêt*. Et pourquoi donc le louage serait-il le contrat sacramentel et privilégié qui seul procurerait des profits légitimes au propriétaire de la chose? Pourquoi serait-il défendu d'obtenir les mêmes avantages par un contrat qui l'imite sans être lui-même? Est-ce que la volonté humaine est destinée à se mouvoir dans un cercle aussi borné? Le droit romain ne l'a pas voulu. Le Code civil est trop libéral pour s'être prêté à de pareilles restrictions.

327. Au surplus, les adversaires du prêt à intérêt, en se plaçant sur ce terrain, ne prennent leur point d'appui que dans des subtilités sans valeur et dans des jeux d'esprit. On va le voir.

Théoriquement, nous le savons, il y a des nuances qui frappent le jurisconsulte entre le *fœnus* et le louage. Mais, en résultat pratique, le but des deux contrats est le même [2]. Aussi, les personnes du monde qui ne connaissent pas les distinctions délicates du droit confondent-elles le *fœnus* et le louage. Les économistes appellent vulgairement, dans leurs livres, l'intérêt de l'argent *le loyer des capitaux ;* la littérature des Romains est remplie de cette locution [3], et Saumaise a accumulé les citations pour prouver la légitimité de l'expression *locare pecuniam* [4]. Juridiquement, il faut le reconnaître toutefois, l'expression est impropre [5]. Mais au moins elle prouve que, dans l'opinion commune, l'argent et les choses fongibles sont de nature à donner des profits analogues au loyer des choses non fongibles, et que la conscience publique assimile ces choses, quant à certains effets.

Mais puisque le louage et le *fœnus* sont deux contrats distincts, pourquoi donc s'obstiner à exiger du premier les conditions du second? Pourquoi condamner dans celui-là ce qu'il n'imite pas de celui-ci? C'est cependant ce que font sans cesse les jurisconsultes adversaires du prêt à intérêt. Suivons-les de plus près.

Puisque le prêt de choses fongibles, disent-ils, consiste *in abusu*, on ne peut rien exiger pour le simple usage : car qui a la propriété a l'usage; qui a le plus a le moins.

Eh! qui est-ce donc qui prétend que c'est pour l'usage qu'un prix est exigé? On ne pense à l'usage chez les canonistes que parce qu'on ne peut pas se séparer du type favori que présente le louage. Mais les défenseurs du prêt à intérêt ne rapportent pas à cet usage le prix dont ils défendent la légitimité. Ils en font le corrélatif du droit d'abuser, dont l'emprunteur a été investi : ils pensent que si le louage a droit de faire payer l'usage seul, le prêt à intérêt a droit, à plus forte raison, d'exiger une récompense pour le droit d'user et d'abuser, qui est bien plus large pour le preneur et bien plus compromettant pour le prêteur [6]; car,

---

[1] Saumaise, ch. 7, p. 160, et ch. 8, p. 193. — Et surtout Grotius, lib. 2, c. 12, nº 20. — Et Noodt, *De fœnore*, lib. 1, c. 6.

[2] Noodt, lib. 1, c. 8.

[3] Plaute (*Mostellaria*, 3, 1) :

« *Locare argenti nemini nummum queo.* »

Horace :

« *Omnia conductis coemens obsonia nummis.* »
(Lib. 1, sat. 2, v. 9.)

Saumaise cite Ulpien, l. 33, Dig., *de usuris :* « *Si bene* » COLLOCATÆ *sunt pecuniæ publicæ in sortem, inquietari* » *debitores non debent, et maxime si pariant usuras.* »

Puis Saumaise ajoute : *Idem quippe collocare quod locare* (p. 160). Mais *collocare* n'a pas, sous la plume d'Ulpien, le sens légal de *locare*.

[4] Ch. 5, p. 96; ch. 7, p. 160, 161, 162.

[5] Pothier, nº 8.

[6] *Infra*, nº 424, où l'on voit, par l'assimilation du prêt à intérêt avec le contrat de constitution de rente, que, dans la pensée des rédacteurs du Code, le prêt à intérêt tient de la nature de la vente.

après tout, le locateur n'a pas à craindre que le preneur emporte sa maison, son champ, sa ferme; le prêteur, au contraire, peut redouter avec raison l'insolvabilité de l'emprunteur et la perte de ce qui lui est dû [1].

328. Ceci répond à l'argument que les canonistes ont tiré des risques de la chose, argument que Dumoulin trouvait assez grave [2] et que Saumaise traite avec hauteur et dérision [3] : à notre avis, c'est toujours l'étrange importation des principes du louage dans les combinaisons du prêt à intérêt. Oui, sans doute, le prêteur est affranchi du risque que court la chose par suite de la force majeure; il ne peut pas avoir ce risque à supporter, puisque le prêt a transporté à l'emprunteur la propriété de la chose, et que *res perit domino*. Mais, prémuni de ce côté, il est en proie à un autre danger qui n'existe pas dans le plus fréquent et le plus important de tous les louages, le louage d'immeubles, et qui ici est capital : c'est le danger de l'insolvabilité du débiteur, qui, maître d'user et d'abuser, peut consommer la chose, la faire disparaître, et laisser le créancier sans garantie; c'est la crainte de perdre le sort principal, par suite de la mauvaise foi de l'emprunteur ou de sa mauvaise conduite; ce sont tout au moins les lenteurs, les procès, les inquiétudes, qui accompagnent les prêts, et qui ne se rencontrent pas dans le contrat de louage. Comment des esprits impartiaux et éclairés se sont-ils obstinés à méconnaître ces dangers du prêteur, ou du moins à n'en pas tenir compte dans leur appréciation des risques respectifs des parties?

329. Maintenant, que signifie cette raison de Domat, fort sentencieuse en apparence, et si vaine en réalité : que le prêteur « prend » un profit d'une chose qui n'est pas à lui? » Mais c'est précisément parce qu'ayant été à lui dans l'origine, elle a cessé de lui appartenir par sa volonté, qu'il y a matière à un prix pour le déplacement de la propriété.

330. Quand ensuite on se récrie contre l'injustice d'un intérêt fixe et certain, parce que l'argent est stérile de sa nature, et que l'emprunteur ne le rend fécond que par une industrie à laquelle le prêteur ne s'associe pas et avec des hasards qui ne s'étendent pas jusqu'à lui, on oublie que le prêteur a assez de ses chances personnelles, et que l'égalité du contrat n'exige pas qu'il prenne part à celles de l'emprunteur; on oublie que le prêteur, en venant au secours de l'emprunteur, se prive de l'argent qu'il a confié à ce dernier et qu'il aurait pu faire fructifier en le gardant par devers lui [4]; que c'en est assez dès lors pour le laver du reproche d'injustice, et pour le dispenser de s'associer à l'industrie de celui qui emprunte; on oublie que chaque partie fait son affaire sur le pied de la plus évidente équité [5] : le preneur, en recevant un argent avec lequel il achète des terres, améliore ses biens, paye ses dettes, active et agrandit son commerce, etc., etc.; le second, en recevant la légitime compensation de l'avantage qu'il a procuré lorsqu'il s'est dépouillé de sa chose [6], de l'incertitude à laquelle il s'est exposé par sa confiance dans la solvabilité d'autrui, de la perte qu'il a subie lorsqu'il a laissé à l'emprunteur l'exercice de ses fonds. Comment! quand l'utilité réciproque est si évidente, on viendra parler d'injustice, d'abus, d'inégalité!

331. Oui, sans doute, nous dit-on; car vous pervertissez le prêt, dont la gratuité fait le caractère, et qui n'a pas été inventé pour faire des profits. Vous faites payer un plaisir; vous tarifez un service rendu. Je réponds : La stipulation d'un intérêt opère dans le prêt de consommation ce que le prix opère dans le commodat : il le transforme; il lui enlève le cachet de la gratuité; il le fait passer dans la classe des contrats commutatifs [7]. On n'est libéral que quand on le veut bien. Or, le prêteur qui exige un intérêt ne veut pas être libéral; il entend faire une affaire utile pour lui, comme cela a lieu dans la vente, le louage, l'échange. Ne lui opposez donc pas la gratuité du service, quand il n'a pas voulu rendre service. Jugez-le au point de vue des contrats intéressés; car il ne s'est pas placé au point de vue des contrats de bienfaisance.

332. Mais la stérilité de l'argent! Cette raison subtile, imaginée par Aristote et dé-

---

[1] Saumaise, c. 8, p. 194.
[2] *Probabilior.*
[3] Ch. 8, p. 221 ; *Risu explodendum.*
[4] Saumaise, ch. 8, p. 196. — Tronchet (Fenet, t. 14, p. 438).
[5] Saumaise, p. 197 : *Sic rem suam uterque agit.*
[6] Grotius, lib. 2, c. 12, c. 20.
[7] *Id.*

veloppée par les théologiens [1] et les canonistes, ne vaut pas [2] mieux que les autres; elle ne répond à rien. Les adversaires du prêt à intérêt l'ont surtout embrassée pour détruire une comparaison que les partisans de ce contrat faisaient entre le vendeur qui perçoit des intérêts de plein droit à cause du prix de la chose vendue et non payée, et le prêteur qui en exige par convention pour le capital dont il a transféré la propriété à l'emprunteur. Ils disent : Votre comparaison est inexacte; l'héritage vendu est frugifère, et sa jouissance est quelque chose de séparable de la propriété. Mais dans le prêt, l'argent n'est pas frugifère, et de plus, il n'est pas susceptible d'une jouissace distincte de la propriété; on ne peut donc rien exiger pour cette jouissance. A la vérité, l'argent peut fructifier entre les mains de l'emprunteur par son industrie. Mais cet accroissement n'a lieu qu'accidentellement. L'emprunteur ne le tient pas du prêteur, mais de son propre travail, de sa propre activité; donc il ne doit rien de plus au prêteur pour cet accroissement; donc il ne doit au prêteur que le capital prêté; car le prêteur ne lui a donné rien au delà [3].

333. Comment de bons esprits ont-ils pu martyriser leur jugement par de tels efforts de gymnastique intellectuelle? Quoi de plus singulier surtout que les arguments des théologiens et des canonistes pour environner de l'autorité des Écritures cette sophistication inintelligible? « L'argent est stérile, car Dieu n'a pas prononcé pour lui » cette parole puissante : *Croissez et multipliez*. Il ne participe pas du privilége de la » terre, à qui Dieu a dit au jour de la création : *Germinet terra herbam virentem* [4]. » « L'usurier entreprend de semer sans champ, » sans charrue et sans pluie; mais cette » damnable agriculture ne peut lui donner » que de l'ivraie bonne à être jetée au » feu [5]; etc., etc.

334. Toutes ces dissertations sur la stérilité de l'argent étaient le développement d'une idée d'Aristote, qui, traçant les premiers rudiments de l'économie politique [6], insiste sur la distinction entre l'acquisition naturelle et l'acquisition dérivée, entre l'acquisition domestique qui a ses bornes dans la satisfaction de nos simples besoins naturels, et l'acquisition commerciale qui ne connaît pas de limites dans l'enrichissement indéfini après lequel elle court. Les besoins physiques, en prenant tous les jours de nouveaux accroissements dans la société, perdent de vue la limite naturelle, deviennent insatiables dans leur essor et leur caprice, et poursuivent l'acquisition des richesses indéfinies avec autant d'ardeur que le commerce lui-même. Alors, les entreprises naturelles ne suffisant plus, on fait argent de tout; on vend son courage, son esprit, ses services; tout devient moyen d'acquérir le superflu.

Mais, poursuit Aristote, l'acquisition domestique, renfermée dans les bornes de la médiocrité et ne négligeant pas le soin de vivre sagement, est seule nécessaire et estimable. Au contraire, l'acquisition commerciale, qui force la nature, qui emploie des moyens artificiels pour s'enrichir à l'infini, celle-là est justement méprisée.

---

[1] Saint Chrysostome *in Mattheum*, c. 21, hom. 38, t. 1, p. 907. *Voy.* notre Préface. — Noodt le réfute, lib. 1, c. 7.

[2] Voici l'argument de Calvin sur ce point :

« Pecunia non parit pecuniam. Quid mare? quid domus ex cujus locatione pensionem percipio? an ex tectis et parietibus argentum proprie nascitur? sed et terra producit, et mari advehitur quod pecuniam deinde producat, et habitationis commoditas cum certa pecunia parari commutarive solet. Quod si igitur plus ex negotiatione lucri percipi possit, quam ex fundi cujusvis proventu, an feretur qui fundum sterilem fortasse colono locaverit ex quo mercedem vel proventum recipiat sibi, qui ex pecunia fructum aliquem perceperit, non feretur? et qui pecunia fundum acquirit, an non pecunia illa generat alteram annuam pecuniam? Unde vero mercatoris lucrum? ex ipsius, inquies, diligentia atque industria? Quis dubitat pecuniam vacuam, inutilem omnino esse? Neque qui a me mutuum rogat, vacuam apud se habere a me acceptam cogitat. Non ergo ex pecunia illa lucrum accedit, sed ex proventu. *Illæ igitur rationes subtiles quidem sunt, et speciem quamdam habent.* Sed ubi propius expenduntur, reipsa concidunt. Nunc igitur concludo : judicandum de usuris esse, non ex particulari aliquo Scripturæ loco, sed tantum ex æquitatis regula. (*Calvini Epistolæ.*)

Dugald Stewart trouve ces arguments pleins de force *et dignes de Bentham* (*Hist. gen. de la philosophie*, t. 1, p. 46 et 318).

Ce raisonnement est vigoureux en effet : mais c'est pour cela que je n'ajoute pas : *et digne de Bentham*, un des esprits les plus faux et les plus exagérés qui se puissent rencontrer

[3] Pothier, n° 83.

[4] *Genèse*, 1, 11. Voy. *Dissertation théologique sur l'usure*, p. 36.

[5] Saint Chrysostome, hom. 37, sur le ch. 27 de saint Matthieu. — *Dissert. théolog. sur l'usure*, p. 80. — Thomassin, *Traité du négoce et de l'usure*, 2e partie, ch. 4, p. 241.

[6] Liv. 1, ch. 3. *Voy.* l'édition et la traduction de mon savant confrère Barthélemy Saint-Hilaire, t. 1, p. 53.

Au nombre de ces industries, de formation toute factice, est l'usure, qui est un mode d'acquisition né de l'argent lui-même, qu'elle détourne de la destination pour laquelle on l'a créé. L'argent a été inventé pour servir à l'échange : c'est l'échange qui lui donne sa vertu. Si l'échange ne le fécondait pas, il serait vain, et son propriétaire mourrait de faim, comme ce Midas de la mythologie dont le vœu cupide faisait changer en or tous les mets de sa table. Si donc il est vrai de dire que l'argent puise dans l'échange son utilité, il ne devrait naturellement être employé qu'à cela. Or, l'intérêt qu'on en tire le multiplie lui-même : c'est de l'argent issu de l'argent ; c'est par conséquent la moins naturelle des acquisitions, et l'on a raison de l'exécrer [1].

Après ces observations, Aristote ne place pas moins le prêt à intérêt au nombre des moyens d'acquisition reconnus, tels que l'agriculture, le commerce par terre, par mer, en détail, le louage de services [2].

355. On voit combien cette théorie d'Aristote donnait d'appui aux théologiens et aux canonistes, alors surtout que le nom de ce philosophe régnait souverainement dans les écoles et que l'on jurait sur sa parole respectée [3]. Aussi Calvin a-t-il traité avec amertume l'oracle du moyen âge ; et Saumaise a consacré d'immenses et nombreux chapitres à le réfuter [4]. Il y a, en effet, de grandes erreurs économiques dans son système, qui, du reste, a le mérite d'être le premier essai d'économie sociale formulé par la science ancienne ; et ce mérite n'est pas médiocre.

D'abord, il n'est pas vrai que les instruments matériels de la production et de la richesse aient été classés par la nature, chacun dans ces emplois uniques et invariables qui préoccupent le Stagyrite. Le blé peut tour à tour être confié à la terre, vendu, prêté, transformé, et l'on ne peut pas dire qu'il ait été créé plutôt pour telle destination que pour telle autre. Il est un art ingénieux qui s'empare de la matière, la divise et la décompose, et tire de son sein des effets inconnus. Les poisons nous guérissent ; le charbon nous éclaire de ses gaz lumineux ; la vapeur légère, que l'on a laissée si longtemps se perdre en fumée, est devenue une force puissante ; les débris impurs de la voirie se métamorphosent eux-mêmes en auxiliaires de notre luxe et entrent dans notre alimentation. A côté de ces prodiges de création opérés par la chimie, il y a la multiplication de la richesse par les combinaisons savantes de l'économie sociale. Le crédit a fait du papier l'égal de l'argent, quoique le papier n'ait été inventé dans l'origine que pour écrire. Dira-t-on que c'est une dépravation de sa destination naturelle ? De même, l'argent monnayé, création de l'homme et non pas de la nature, est tour à tour utilisé soit comme marchandise, soit comme signe des valeurs, sans qu'il y ait lieu de se récrier contre ce double emploi ; il faut qu'il subisse la condition de la matière, qui est d'être esclave de l'homme, et qu'il se plie à tous les genres d'utilité et de besoin qu'il peut raisonnablement satisfaire. Loin donc de déprimer les moyens d'acquisition inventés par le génie de l'homme, à l'imitation des moyens naturels et primitifs d'acquisition, il faut, au contraire, reconnaître que c'est le chef-d'œuvre de la civilisation, qui ouvre à l'activité sociale de nouvelles carrières, de nouvelles sources de travail, de nouveaux et admirables moyens de propager l'aisance dans les classes déshéritées de la richesse. Plutarque croyait accabler les prêteurs par un argument irrésistible, lorsqu'il leur disait que de rien ils faisaient quelque chose [5]. Mais, sans le savoir, il faisait le plus grand éloge du crédit, qui, par son mouvement, tire la richesse de la stérilité !

356. Après tout, que veut dire Aristote, quand, après avoir établi avec grande raison que l'argent n'a de vertu que par les échanges, il cherche à ravaler le prêt à intérêt sous prétexte qu'il détourne l'argent de sa destination ? Est-ce que ce n'est pas un échange qui préside au prêt à intérêt ? Est-ce que l'argent que paye l'emprunteur à titre d'intérêt n'est pas le prix de l'échange qui s'opère entre lui, qui profite de la somme dont il a besoin, et le prêteur, qui consent à s'en

[1] P. 63.
[2] *Id.*
[3] Dugald Stewart, *Hist. abrégée de la philosophie*, t. 1, p. 42, 43, 44.
[4] *De usuris*, ch. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18.

[5] Dans son livre *De vitando ære alieno* : « *Ex eo* « *quod neque est, neque subsistit, nascitur fœnus* », voulait dire que l'intérêt vient d'un capital consommé et prêté pour être consommé. Noodt dit très-bien que c'est une pure subtilité, lib. 1, c. 9.

priver pendant un temps? Est-ce qu'il n'y a pas là une affaire réciproque qui a son prix [1]?

337. Cet argument de la stérilité de l'argent est donc inintelligible et frivole. D'abord, l'argent n'est pas plus frappé d'infécondité que tout ce qui nous environne; car il n'y a de productif pour l'homme que ce qui est fertilisé par le travail ou utilisé par des besoins qui payent pour se satisfaire. Que produirait la terre sans la charrue, sinon des chardons et de l'ivraie? Quel revenu donnerait une maison à son propriétaire, si la nécessité de se loger n'obligeait un voisin à la louer [2]? L'air est stérile, disait Saumaise. Cependant l'impôt le rend productif. La mer est stérile pour quiconque n'y applique pas son industrie; comme les nautoniers et les pêcheurs [3]. Le malade, ajoute plaisamment le même auteur, est productif pour son médecin, le mort pour les ensevelisseurs et pour le prêtre qui l'enterre [4]. — Eh bien, l'argent devient productif par le besoin qu'en a l'emprunteur, de même que l'édifice devient productif par le besoin qu'éprouve le locataire de s'y loger. Est-ce que dans la rente constituée, approuvée par les canonistes, ce n'est pas aussi de l'argent qui produit de l'argent? L'argent n'est stérile que quand il reste oisif. C'est dans ce sens que les jurisconsultes ont dit : *Nummi steriles* [5], *sterilis pecunia* [6].

338. Et par là on voit la confusion dans laquelle tombent les canonistes quand, accordant que l'argent peut être fécondé par l'industrie, ils insistent en disant que, dans le prêt à intérêt, c'est l'industrie de l'emprunteur qui, exerçant l'argent, le rend fécond, et que, puisque le prêteur reste étranger à cette industrie, il doit aussi rester étranger aux bénéfices qu'elle procure. Mais qu'importe donc au prêteur l'usage que l'emprunteur fera de l'argent prêté? Qu'importe qu'il l'emploie à tel ou tel usage, ou même que, par un caprice bizarre, il le renferme dans son coffre-fort pour l'y tenir sous clef? C'est à peu près comme si l'on voulait que le bailleur conçût des scrupules sur la légitimité de son contrat parce que le locataire qui a loué sa maison ne l'occupe pas. Non! ces idées, empruntées au contrat de société, ne sont pas de mise ici. Le prix que reçoit le prêteur n'est pas une part du bénéfice que fera l'emprunteur par son industrie; c'est le prix du transport que le prêteur lui fait, pendant un certain temps, de la propriété d'une somme qu'il a dit lui être utile : prix qui a sa légitimité dans la privation que s'impose le prêteur et dans l'avantage allégué par l'emprunteur. « *Usura propter usum*, » comme disait Papinien. Et quand Pothier prétend que l'emprunteur qui n'a reçu qu'une somme d'argent ne doit rendre qu'une somme égale et rien de plus, il oublie qu'il y a, outre le capital, le temps pendant lequel le prêteur s'est privé de sa chose et l'aurait fait profiter : *Minus solvit qui tardius solvit* [7]. Il faut donc une compensation.

339. Maintenant nous pouvons nous faire des idées justes sur la conformité du prêt à intérêt avec les lois de la raison et de l'équité. Est-il du droit naturel? Je le pense [8], et Marcianus le met sur la même ligne que la vente, l'échange et autres contrats du droit des gens [9]. Je n'irai pas jusqu'à affirmer, avec Saumaise, que le prêt à intérêt a dû être pratiqué à l'époque même où, dans la forêt de Dodone, les hommes se nourrissaient de glands [10]. Mais il est dans la nature des choses que celui à qui on procure un avantage qu'il a sollicité le paye convenablement. Hésiode en faisait même un devoir de morale, et Cicéron l'approuve : « *Ea quæ utenda acceperis, majore mensura,* » *si modo possis, jubet Hesiodus reddere* [11]. » Serions-nous moins reconnaissants que ces fertiles campagnes qui rapportent beaucoup plus qu'elles n'ont reçu? « *An non imitari* » *agros fertiles, qui multo plus efferunt, quam* » *acceperunt* [12]? » Le prêt à intérêt règle ce sentiment; il l'organise. Et quand il érige

---

[1] *Junge* Noodt, *De fœnore*, lib. 1, c. 7.

[2] Noodt, *loc. cit.* — Grotius, lib. 2, c. 12, nº 20.

[3] *De usuris*, ch. 8, p. 198.

[4] P. 199.

[5] Papinianus, l. 7, Dig., *de usuris.*

[6] Ulp., l. 3, § 4, Dig., *de contrar. tutelæ.*

[7] Ulp., l. 12, Dig., *de verb. signif.* Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 22, ch. 22. Grotius, lib. 2, c. 11, nº 20. — *Voy.* dans notre Préface ce que les théologiens répondaient à cet argument, prétendant que le temps, qui a été donné à tous, ne peut entrer en commerce!

[8] Noodt, *De fœnore*, lib. 1, c. 4. — Grotius, quoique repoussant le prêt à intérêt d'après la loi divine, reconnaît qu'il n'est pas contraire au droit naturel, lib. 2, c. 11, nº 20.

[9] L. 15, Dig., *de interdict. et relegat.*

[10] *De usuris*, ch. 10, p. 269.

[11] *De officiis*, lib. 1, c. 15.

[12] *Id.*

en droit pour le prêteur ce que la morale érige en devoir pour l'emprunteur, on ne saurait le taxer de blesser la justice, l'égalité, la réciprocité.

340. On a objecté, contre le classement du prêt à intérêt parmi les contrats de droit naturel, que chez les Romains il ne pouvait être convenu d'intérêts que par stipulation et par paroles solennelles [1].

Mais on ne fait pas attention que les formes artificielles du droit romain ne prouvent rien autre chose, sinon que l'enveloppe de certains actes était de droit civil, mais non pas que ces actes, au fond et par leur essence, fussent étrangers au droit naturel. Ainsi, par exemple, que prouve l'objection chez les Grecs et autres peuples qui, affranchis du rigorisme formaliste des Romains, ne connaissaient pas la stipulation, et pratiquaient le prêt à intérêt sans le secours de cette forme?

D'ailleurs, même à Rome, les intérêts conventionnels pouvaient, dans certains cas, être dus sans stipulation [2]. C'est ce qui avait lieu à l'égard de ceux qui empruntaient des banquiers. Ils devaient les intérêts *ex nudo pacto* [3].

De même, dans le prêt à la grosse, le simple pacte suffisait pour assurer les intérêts au prêteur [4].

Il était également suffisant dans les prêts d'argent fait par les villes [5],

Et dans les prêts de froment, orge et autres fruits [6], prêts extrêmement fréquents, comme nous l'apprend saint Jérôme, et comme on l'a vu dans notre préface.

341. Après cela, j'avoue que certains philosophes ont déclamé contre l'usure. Mais ne faut-il pas prendre avec précaution les reproches qu'on trouve dans leur bouche? Caton [7] place l'usurier au rang des voleurs; mais ce n'est pas le prêteur qui se contente d'un profit légitime, c'est celui qui abîme le débiteur par des usures excessives [8]. Sénèque rejette le prêt à intérêt du droit naturel [9]. Mais ne vous fiez pas à lui; il est dans un de ses moments d'exagération. Voulant prouver que l'homme, en sortant des mains de la nature, a perverti ce qui était bon [10], il voit partout des effets de l'avarice, jusque dans les contrats, les billets, les cautions [11], vains simulacres de propriété *vacua habendi simulacra* [12]! Je lui accorde cependant ses vivacités contre les usures sanglantes, comme il y en avait tant à Rome, comme peut-être il en faisait lui-même, si nous en croyons Tacite [13]. Mais le prêt à intérêt est semblable au vin : l'usage est salutaire, l'excès est funeste.

342. Il y a, du reste, une preuve bien sûre de la légitimité morale du prêt à intérêt, quand il est renfermé dans des bornes raisonnables. C'est que, malgré toutes les prohibitions des lois ecclésiastiques et civiles, on a toujours cherché, par des moyens équipollents ou par des fictions, à s'en procurer les résultats et les avantages. J'ai assez bonne opinion de l'humanité pour être convaincu que ce n'est pas là ce qui serait arrivé si ce prêt eût été comparable au vol, comme l'ont prétendu quelques moralistes et quelques théologiens.

C'est ainsi que Grotius, quoique opposé au prêt à intérêt par docilité à la loi religieuse, reconnaît qu'on peut valablement stipuler un dédommagement pour le long temps pendant lequel le prêteur sera privé de son capital [14]; ou bien lorsqu'il a de légitimes sujets de craindre que son remboursement ne souffre des difficultés! C'est aussi l'avis de Covarruvias, fidèle sectateur de la loi ecclésiastique [15]. Mais qu'est-ce que cela, si ce n'est un intérêt déguisé sous forme d'une indemnité [16]?

---

[1] L. 41, D., *de usuris*. — L. *Si ita stipulatus*, 121, Dig., *de verb. obligat.*

[2] Saumaise, *De usuris*, ch. 9, p. 233, et ch. 5, p. 109.

[3] Justinien, novell. 136, c. 4. — Noodt, *De fœnore*, lib. 3, c. 2. — Saumaise, p. 108.

[4] L. 7, Dig., *de nautic. fœnore*; — et Noodt, *De fœnore*, lib. 3, c. 2.

[5] Paul, l. 30, Dig., *de usuris*. — Noodt et Saumaise, *loc. cit.*

[6] L. 12, C., *de usuris*. — Noodt et Saumaise, *loc. cit.*

[7] *De re rustica*, proœm.

[8] Noodt, lib. 1, c. 4.

[9] *De beneficiis*, lib. 7, c. 10 : « Quid fœnus et kalendarium, et usura, nisi humanæ cupiditatis, *extra naturam*, quæsita nomina? Quid sunt istæ tabulæ, quid computationes, *et venale tempus, et sanguinolentæ centesimæ?* voluntaria mala ex *constitutione nostra pendentes.* »

[10] *Voy.* aussi sa lettre 122.

[11] *Diplomata, syngraphas et cautiones* (*loc. cit.*).

[12] *Loc. cit.*

[13] Dans le discours que Tacite met dans sa bouche lorsqu'il demande à Néron la permission de se retirer de la cour, il parle du contraste qui existe entre son amour de la médiocrité et les richesses dont l'a comblé l'empereur, ses jardins, ses grands domaines, ses fonds placés à intérêt : *Tam lato fœnore exuberat!* 14, *Annal.*, 53.

[14] Lib. 2, c. 11, § 21.

[15] Lib. 3, *variar. resol.* — C. 1, n° 2. — C. 4, n° 5.

[16] Noodt, lib. 1, c. 12.

La rente constituée était plutôt une imitation qu'une simulation du prêt à intérêt. Mais cette imitation prouve que la société ne peut se passer d'un moyen légal d'exercer l'argent.

Il y avait aussi les ventes à réméré, qui faisaient percevoir, par le secours de la vente, un produit équivalent à l'intérêt. Vous m'empruntez 10,000 fr., et comme vous ne voulez pas vous mettre en opposition avec la loi ecclésiastique, vous me dites que vous me vendez un fonds à vous appartenant qui vaut 10,000 fr. et rapporte 500 fr. Vous vous réservez un droit de réméré. J'achète, je paye le prix; vous me livrez l'immeuble, je perçois les fruits; vous, à l'échéance, vous rachetez votre fonds, et je retiens les fruits que j'ai perçus. Les canonistes et les casuistes approuvaient ce contrat [1]. Mais n'est-ce pas un intérêt qui s'abritait sous couleur de vente et, le prêt à intérêt étant défendu, pourquoi le réméré était-il permis [2]?

Que dirai-je des trois contrats qui ont trouvé de si nombreux partisans, dans l'ancien droit, parmi les jésuites et les professeurs de théologie [3]?

On connaît les monts-de-piété, maisons de prêt à intérêt sur gages, qui furent inventés à Pérouse en 1450, et que le pape Léon X approuva, après beaucoup de disputes, dans la dixième session du cinquième concile de Latran : : « Sacro approbante concilio, dit » le pape, approbamus et definimus montes » pietatis, per respublicas institutos, et » auctoritate sedis apostolicæ hactenus pro» batos et confirmatos, in quibus *pro eorum* » *impensis* et *indemnitate*, aliquid modera» tum *ad solas ministrorum impensas, et alia*» *rum rerum ad illorum conservationem perti*» *nentium, pro eorum indemnitate duntaxat,* » *ultra sortem, absque lucro*, eorumdem mon» tium accipitur [4]. » Ainsi, voilà le prêt à intérêt autorisé à cause de l'indemnité des monts et de la compensation des dépenses nécessaires. Pourquoi donc fermer les yeux aux raisons pareilles qui militent pour le prêt à intérêt entre particuliers?

Il est arrivé maintes fois en France que le clergé empruntait à intérêt [5]. Aurait-il autorisé le vol par une adhésion volontaire?

Les jésuites faisaient plus qu'emprunter : ils prêtaient à gros intérêt dans le nouveau monde [6].

A Lyon, on exerçait publiquement le prêt à intérêt, si favorable au commerce de cette ville [7], et deux archevêques de Lyon, sages prélats, amis de la prospérité publique et du bien de leur troupeau, défendirent aux prédicateurs de s'élever contre cette coutume [8]. La même tolérance régnait à Nantes [9].

Dans le ressort du parlement de Grenoble, dans celui du conseil souverain d'Alsace, dans les pays de Bresse, Bugey, Gex, Valromey, il était permis de stipuler des intérêts de l'argent prêté par obligation. Le parlement de Navarre suivait la même jurisprudence, comme on peut voir par une lettre curieuse du premier président écrite au chancelier d'Aguesseau, le 6 janv. 1739 [10]. C'était aussi l'usage de la Lorraine et du Barrois mouvant et non mouvant [11]; et l'évêque de Toul ayant condamné un écrit de Me Guinet, qui, sous le titre de factum, traitait de la légitimité du prêt à intérêt, le parlement de Nancy, par arrêt du 5 octobre 1705, rendu sur les réquisitions de M. de Boursier, procureur général, déclara nulle l'ordonnance épiscopale [12].

Même jurisprudence aux parlements d'Aix [13] et de Bordeaux [14].

Dans d'autres parlements, celui de Toulouse par exemple, on ne permettait pas directement la stipulation des intérêts; mais elle y était indirectement autorisée, car on ne recevait pas l'action en répétition

[1] Molina, *De justitia*, tract. 2, disp. 320, nº 4, p. 121.
[2] Noodt, lib. 1, c. 12.
[3] Mon *Comment. de la société*, t. 1, nº 47.
[4] Concil. de Labbe, t. 14, p. 251. Thomassin, *De l'usure*, p. 499, et Dumoulin, *Des usures*, nº 68 — *Junge Dissert. théol. sur l'usure*, p. 242, et notre Préface.
[5] Thomassin, p. 410, et la *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 139, en conviennent.
[6] *Hist. gén. des jésuites*, t. 4, p. 276.
[7] Henrys, t. 2, liv. 4, q. 110. *Voy.* notre Préface.
[8] *Dissert. théol.*, p. 176 et 177.
[9] *Id.*
[10] Répert., v. *Intérêt*, § 3, et notre Préface.
[11] Répert., *loc. cit.*, nº 4, p. 450, col. 1.
[12] Riston, *Analyse des cout. de Lorraine*, p. 319. — Répert., vº *Intérêts*, § 3, nº 4.
[13] Boniface, t. 2, liv. 4, tit. 4, ch. 8. — Despeisses, *Prêt*.
[14] Brodeau, *sur Louet*, t. 1, p. 796, lettre 1, somm. 8. Thomassin, p. 479, nº 9.

Les anciennes lois du pays de Liége autorisaient à stipuler les intérêts d'un simple prêt, quoique le créancier ne fût ni commerçant ni banquier (Liége, 18 nov. 1809, Rec. de Liége, t. 3, p. 72. *Voy.* la note sous le nº 403).

des intérêts payés [1]; et les casuistes reconnaissaient que, dans le cas de bonne foi, on pouvait se dispenser, même dans le for intérieur, de les restituer [2].

Mais écoutons Turgot signalant les usages du commerce et la voie nouvelle dans laquelle la société entrait à pleines voiles : « C'est une chose notoire qu'il n'y a pas sur » la terre une place de commerce où la plus » grande partie du commerce ne roule sur » l'argent emprunté sans aliénation de ca- » pital [3], et où les intérêts ne soient ré- » glés par la seule convention, d'après l'a- » bondance plus ou moins grande de l'argent » sur la place et la solvabilité plus ou moins » sûre de l'emprunteur. *La rigidité des lois a* » *cédé à la force des choses*; il a fallu que la » jurisprudence modérât dans la pratique » ses principes spéculatifs, et *l'on en est* » *venu à tolérer ouvertement* le prêt par bil- » let, l'escompte et toute espèce de négo- » ciations d'argent entre commerçants. Il » en sera toujours ainsi toutes les fois que » la loi défendra ce que la nature des choses » rend nécessaire. »

Enfin, à l'heure qu'il est, dans toute l'Italie, dans Rome même, sous les yeux du saint-père, il est certain que le prêt à intérêt est pratiqué généralement par le moyen de contrats qui simulent un change de place en place; et que la tolérance des magistrats ferme sagement les yeux sur ces détours nécessaires pour mettre la rigueur du droit canonique en harmonie avec les nouveaux besoins d'une société où la richesse mobilière, étant devenue le supplément et la rivale de la richesse foncière, doit participer à la fécondité de celle-ci [4].

343. Les consciences, autant que la raison, peuvent donc être tranquilles sur l'usage du prêt à intérêt, pourvu qu'il ne dépasse pas les bornes dans lesquelles le législateur a limité le taux des annuités. Celui-là serait bien imprudent et bien coupable qui chercherait à réveiller des défenses inapplicables aux circonstances actuelles, et à accuser la loi civile d'être incrédule ou athée. La matière de l'usure est surtout politique et économique. C'est sur les besoins extérieurs de la société qu'il faut particulièrement se régler pour modérer ou pour étendre la rigidité des lois qui la répriment.

ARTICLE 1906.

L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital.

ARTICLE 1907.

L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.

Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.

ARTICLE 1908.

La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le payement et en opère la libération.

SOMMAIRE.

344. Du taux de l'intérêt. Pouvoir du législateur pour le régler.

345. Turgot pensait que les parties devaient être maîtresses de régler entre elles le taux de l'intérêt.

---

[1] Répert., *loc. cit.* Brodeau, *sur Louet, loc. cit.*, assure même que le créancier de bonne foi avait action en payement des intérêts promis.

[2] *Dissert. théolog.*, p. 198.

[3] Ces mots ne veulent pas dire que, d'après Turgot, le *mutuum* ne transportait pas la propriété de l'argent prêté, sauf à en rendre autant ; ils se réfèrent à un autre ordre d'idées, et font allusion au contrat de *constitution de rente*, dans lequel le débiteur qui avait reçu le capital n'était pas obligé de le rendre.

[4] *Le Manuel de droit ecclésiastique* de Walter expose la jurisprudence canonique avec un esprit qui se ressent de ces tempéraments, § 345, p. 438. Nous avons donné dans notre Préface l'exposé de l'état actuel des opinions du clergé en France.

346. Loi de l'assemblée constituante qui rejette cette opinion.
347. Législation de la convention nationale. Mesures contradictoires. Confusion qui en résulte. Du reste, la convention n'a jamais entendu proclamer le principe de la liberté absolue en matière d'intérêts conventionnels.
348. Travaux préparatoires du Code civil. Rédaction définitive.
349. État des choses avant la loi du 3 septembre 1807.
350. La jurisprudence de la cour de cassation, à partir de 1809, donne aux lois de la convention nationale un sens qu'elles n'ont pas et qui a servi les manœuvres des usuriers.
351. Suite. Progrès dévorants de l'usure ; nécessité d'y porter un terme.
352. Pour quelle raison le Code civil ne s'était pas occupé de ce soin, et s'était contenté de mettre en réserve le droit du législateur.
353. Loi du 3 septembre 1807, qui fixe l'intérêt civil à 5 p. % et l'intérêt commercial à 6 p. %.
354. Plaintes élevées contre cette loi à la chambre des députés en 1836. Tentative pour l'abroger. Échec de ses adversaires.
355. Quand il est nécessaire d'élever l'intérêt de l'argent par suite de circonstances particulières, le législateur n'hésite pas à le faire : témoin, les colonies et l'Algérie.
356. Texte de la loi du 3 septembre 1807.
357. Côté par lequel cette loi tient au droit criminel ; point par lequel elle tient au droit civil.
Sa partie transitoire. Difficultés soulevées à ce sujet.
358. Suite. Sens d'un arrêt de la cour de cassation du 13 mai 1817.
359. La loi de 1807 est d'ordre public. Néanmoins, une stipulation d'intérêts au-dessus de 5 p. %, faite dans un pays étranger dont la loi permet un intérêt supérieur, peut recevoir en France son exécution.
Raisons et autorités sur lesquelles s'appuie cette solution.
360. L'intérêt doit être payé à 5 ou 6 p. % sans retenue.
361. La loi de 1807 est-elle applicable aux prêts de choses fongibles et aux constitutions de rente?
362. Différence du taux de l'intérêt en matière civile et en matière commerciale.
Quand la convention est-elle censée avoir lieu en matière commerciale? Exemples, distinctions et éclaircissements.
363. De l'usure déguisée ou *palliée*.
364. Morale relâchée des Jésuites à cet égard.
Du contrat appelé *mohatra*, célèbre dans le code des *opinions probables*. Usure déguisée qu'il renferme.
365. Des trois contrats. Renvoi.
366. Du contrat de société employé pour voiler l'usure. Renvoi.
367. Usure déguisée sous couleur de donation. Exemple curieux.
368. Usure palliée contenue dans l'obligation de rendre au prêteur certains services appréciables en argent.
369. Des profits exigés par suite d'opérations de banque en sus de l'intérêt légal. Ces profits sont-ils usuraires? Erreur de certains théologiens et canonistes à cet égard.
De l'escompte, du change, de la provision ou commission, en un mot du *collybus*.
370. Et d'abord, détails sur l'*escompte*. Ses différences avec l'intérêt.
371. Son véritable caractère, et nature de l'agissement qui intervient entre le porteur qui présente un billet non échu, et le banquier qui le lui paye par anticipation.
372. Suite, et réponse à diverses objections faites par des auteurs qui veulent confondre l'escompte et l'intérêt.
373. Réponse à une autre opinion qui tend à établir que la jurisprudence, en admettant la légitimité de l'escompte, s'est laissé forcer la main et est tombée dans un piége qui met, en cette partie, au néant la loi de 1807.
374. Suite.
375. Suite. Position de celui qui fait le commerce de banque et contracte envers le public *onus muluandi*.
376. Conclusion : l'escompte est tout autre chose que l'intérêt ; il est le prix d'une vente.
377. Jurisprudence qui confirme cette vérité ; seulement, il faut qu'il y ait escompte sérieux et que les parties n'aient pas caché, sous une opération de banque sans réalité, une usure véritable.
378. Suite des arrêts. Quand les billets sont souscrits par celui qui s'en fait remettre le payement anticipé, c'est un moyen plus facile de simuler, sous la forme d'une opération de banque, un prêt pur et simple à intérêt. Cependant il ne résulte pas nécessairement de là la preuve d'une fraude.
379. Résumé sur l'escompte.
380. *Du change*. Ses différences avec l'escompte.
381. Et avec l'intérêt.
382. La perception du change est donc en dehors de la loi de 1807, ainsi que le droit de commission qui s'y rattache.
C'est ce que les Italiens appellent *il costo*. La jurisprudence vient au soutien de ces idées.
383. Mais il ne faut pas que le change et la commission ne soient que des apparences qui dissimulent un prêt.
384. Il ne faut pas non plus qu'ils soient stipulés pour des opérations qui ne les comportent pas.
385. La commission ne doit pas excéder le taux convenu.
S'il n'a rien été convenu, il faut se conformer à l'usage des lieux et y ramener les parties.
386. Dans tout ce qui vient d'être dit sur la légitimité du change, la jurisprudence n'a fait que se conformer à des règles de tout temps consacrées, et il ne faut pas croire que la coutume commerciale ait vaincu la loi de 1807. Cette loi n'est faite que contre l'usure, et non contre le droit de commission, dont elle ne s'occupe pas.

387. *La cession* est quelquefois employée pour dissimuler des prêts usuraires. Mais il ne faut pas non plus transformer en prêts de véritables cessions. Exemple à ce sujet.
388. La *vente à réméré* cache souvent l'usure.
389. L'*antichrèse* aussi. Sens de l'art. 2089, Code civil.
390. Du *contrat pignoratif*.
391. Le *cautionnement* peut se rapprocher du prêt et cacher une usure. Dans certains cas cependant, celui qui se porte pour caution peut exiger, outre les intérêts, un prix pour le service qu'il rend en engageant sa personne.
392. Usure palliée sous le manteau de l'*échange*.
393. Des intérêts stipulés *payables en denrées* au lieu d'être payables en argent. Exemple tiré de faits arrivés au XVIe siècle. Doit-il être étendu aux circonstances actuelles?
394. Un prêt mélangé de circonstances qui lui donnent un caractère aléatoire peut produire des intérêts supérieurs au 5 p. %.
395. Du prêt *à la grosse aventure*. Le profit maritime y est réglé par la volonté des parties, parce qu'il est aléatoire.
396. *Anatocisme*. Usages du commerce.
397. Des garanties assurées à l'emprunteur en cas d'usure bien prouvée.
Comment faut-il calculer les retranchements auxquels les intérêts usuraires donnent lieu?
398. De la prescription de l'action du débiteur. Distinctions importantes.
399. Suite.
400. Suite.
401. Suite.
402. De quelle époque court l'action du débiteur en répétition.
403. L'usure ne peut être couverte par des actes confirmatifs d'exécution.
404. *Quid* de la ratification d'usures passées?
De la transaction pour des usures à venir.
405. Preuves de l'usure. L'usure se prouve comme toutes les fraudes.
406. Suite.
407. Des formes du prêt à intérêt.
408. La stipulation d'intérêts doit être formelle.
409. Le taux doit en être fixé par écrit.
410. Suite.
411. L'obligation de payer des intérêts, sans préciser le taux, équivaut à la stipulation d'un intérêt légal.
412. Du cas où, la stipulation d'intérêts étant verbale, des intérêts ont été volontairement payés.
413. Le payement volontaire des intérêts fait présumer une convention de prêt.
414. Une quittance du capital, sans réserve, rend le créancier non recevable à demander des intérêts.
La preuve contraire à la présomption de libération qui résulte de cette quittance est-elle admissible?

COMMENTAIRE.

344. Après avoir tranché la question de la légitimité du prêt à intérêt, le Code décide une autre question qui découle de celle-là, et qui consiste à savoir si le législateur peut et doit assigner aux parties contractantes un taux d'intérêt qu'elles ne puissent dépasser. L'argent est-il une marchandise dont on puisse traiter librement comme de toutes les autres marchandises? faut-il laisser les conventions maîtresses d'en régler le prix? ou bien, au contraire, y a-t-il un intérêt juste et un intérêt injuste? la loi doit-elle intervenir pour fixer dans tous les cas le *maximum* des bénéfices que l'argent peut procurer par le prêt?

345. En 1769, Turgot entreprit la double tâche de prouver que la loi devait autoriser ouvertement le prêt à intérêt, entré dans les mœurs de la nation et commandé par les besoins de la richesse publique; et laisser en même temps les parties maîtresses d'en régler le taux [1]. Beaucoup de savants économistes croient encore aujourd'hui que c'est là le terme auquel la science de l'économie politique doit tendre et arriver.

346. La loi du 3-12 octobre 1789 consacre le droit de faire valoir l'argent par le prêt à intérêt; mais elle ajoute que les prêts doivent être faits au taux déterminé par la loi. Elle n'accepte donc qu'une partie des idées de Turgot. Elle considère comme dangereuse et trop hardie la théorie qui se confie à la liberté pour régler avec mesure le taux de l'intérêt. Elle fait une distinction entre l'intérêt légitime et l'intérêt illégitime ou l'usure. Ainsi, à partir de cette époque, l'intérêt conventionnel est fixé à 5 p. %, taux de l'intérêt légal. Seulement, en matière de commerce, où le taux de l'intérêt n'avait rien de bien arrêté ni de bien uniforme, la loi s'en réfère aux usages particuliers. Son texte le dit expressément [2].

[1] Sur ce dernier point, *voy.* la dissertat. de Thieriet, professeur à Strasbourg (*Collect. des lois* de Duverg., t. 35, p. 429), conforme au système de Turgot. J'y reviens *infra*, n° 353.

[2] « L'assemblée nationale a décrété (sur la motion » de Pétion de Villeneuve) que tous les particuliers, » corps, communautés et gens de main morte, pourront » à l'avenir prêter l'*argent* à terme fixe, avec stipulation

347. La convention trouva la France dans une crise financière déplorable. Cette assemblée, qui poussa toutes choses jusqu'aux exagérations les plus insensées, résolut d'empêcher le discrédit du papier-monnaie, et pour cela elle imagina de proscrire entièrement l'argent monnayé. Son décret du 11 avril 1793 [1] déclara qu'il ne pourrait plus être fait commerce de l'argent [2], et il prononça la peine de six années de fers contre quiconque en ferait usage dans les ventes, achats, traités, transactions et conventions quelconques. L'argent, devenu fort rare, disparut tout à fait; il laissa le champ libre aux assignats !

Mais, malgré la protection outrée de la convention, les assignats perdaient de jour en jour de leur valeur. La confiance avait disparu, et la terreur n'était pas faite pour la rétablir. Celui qui prêtait une somme en papier-monnaie à 2 mois de remboursement n'était jamais sûr, malgré l'élévation des intérêts stipulés, de recevoir l'équivalent de ce qu'il avait prêté [3]. Les intérêts devinrent donc démesurés; toute règle avait disparu dans ces temps de confusion, et la loi de 1789 se trouvait forcément paralysée.

Le 6 floréal an 3 [4], l'art. 1er du décret du 11 avril 1793, qui retranchait l'or et l'argent du nombre des marchandises, fut rapporté. Bientôt la convention se repentit de cette abrogation, et par une nouvelle loi du 2 prairial suivant, elle rapporta son décret qui avait déclaré marchandise l'or et l'argent monnayés; elle ordonna l'exécution des lois antérieures prohibant le commerce des monnaies métalliques [5].

Le 5 thermidor an 4, autre loi qui proclame qu'à l'avenir chaque citoyen sera libre de contracter comme bon lui semblera, et que les obligations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes et valeurs stipulées.

Enfin, une dernière loi du 28 vendémiaire an 4 régla la vente et l'achat des espèces et matières d'or et d'argent, exigeant que cela se fît à la bourse et à voix haute [6].

Au milieu de toutes ces mesures contradictoires, les assignats n'avaient pas encore disparu. Le gouvernement faisait de vains efforts pour les soutenir; leur discrédit marchait en proportion de la préférence officielle dont ils étaient l'objet. L'intérêt continua donc à être très-élevé. Non pas que les lois dont nous venons de donner la série aient jamais entendu proclamer le principe de la liberté absolue en matière de stipulation d'intérêts (ce serait une erreur de le croire; elles n'ont voulu que lever la prohibition des payements en numéraire) [7], mais parce que la dépréciation croissante du papier-monnaie n'offrait aucune sécurité dans les remboursements.

Ce n'est qu'à la chute du papier-monnaie que le numéraire rentra lentement dans la circulation; mais sa rareté maintint encore l'élévation de l'intérêt. Il fallut attendre le retour de l'ordre et d'un gouvernement régulier pour que l'argent reparût avec plus d'abondance et que l'intérêt éprouvât une baisse naturelle [8]. Alors, la loi de 1789, qui n'avait jamais été abrogée formellement, mais dont l'empire de fatales circonstances avait suspendu l'exécution, reprit force avec le crédit; elle fut invoquée avec succès devant les tribunaux contre les usuriers [9].

348. Lorsque le Code civil fut mis à l'étude, on revint sur la question de savoir si le législateur devait fixer le taux de l'intérêt.

L'art. 34 du projet du Code civil, relatif au prêt à intérêt, portait [10] : « Le taux de » l'intérêt est déterminé par des lois parti» culières. L'intérêt qui aura été stipulé à » un taux plus fort sera réduit conformément » à la loi. Si l'intérêt a été payé au-dessus » du taux légitime, l'excédant sera imputé, » année par année, sur le capital qui sera » réduit d'autant. Ces dispositions ne s'ap» pliquent pas aux négociations commer» ciales. »

» d'intérêts, et suivant le taux déterminé par la loi, sans » entendre rien innover aux usages du commerce. »

[1] Lepec, t. 4, p. 173.

[2] Il y a donc lieu de s'étonner quand on lit « que » cette loi déclare l'argent marchandise. » *Voy.* par exemple un arrêt de cassation du 11 avril 1800. (Dev., 3, 1. 173.) C'est le contraire.

[3] Goupil de Préfeln. (Rapport du trib. sur la loi du 3 septembre 1807.) Locré, t. 15, liv. 2, part. 3, élém. 7.

[4] Lepec, t. 5, p. 336. (25 avril 1795.)

[5] *Voy.* Lepec, t. 6, p. 1.

[6] Art. 9. Lepec, t. 6, p. 229.

[7] Zachariæ, t. 3, p. 97.

[8] Goupil, *loc. cit.*

[9] *Infra*, n° 349. Lettre du grand juge au commissaire du gouvernement de Montreuil-sur-Mer. — Chardon, *De la fraude*, t. 3, n° 467.

[10] Fenet, t. 14, n° 429.

Quand cet article fut porté à la discussion du conseil d'État, il éprouva des difficultés. Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) s'éleva contre l'intervention du législateur dans le règlement des intérêts privés [1]; Treilhard appuya son opinion [2]; il fut vivement soutenu par Bérenger [3]. Mais le droit du législateur fut défendu par Cambacérès [4], Tronchet [5], Malleville [6]; il fut reconnu par la majorité. Seulement le conseil pensa que ce droit de prohiber un intérêt conventionnel plus fort que l'intérêt légal [7] ne devait être exercé qu'autant que les circonstances l'exigeaient; et qu'en dehors de ces circonstances, la convention des parties avait le champ libre pour dépasser l'intérêt légal, c'est-à-dire l'intérêt déterminé par la loi dans le cas seulement où la convention est muette. Cette manière de voir fit changer la rédaction primitive, et convertit en loi une nouvelle rédaction proposée par Tronchet.

Ces choses se passaient le 28 janvier 1804. On sait que le titre *du Prêt* fut décrété le 9 mars suivant et promulgué le 19.

349. Entre cette époque et la loi du 3 septembre 1807, qui régla le taux de l'intérêt, quel fut celui que les conventions durent prendre pour règle?

D'abord l'intérêt légal attaché aux condamnations judiciaires continua à être de 5 p. °/₀, comme il avait été auparavant [8]. Ensuite, la loi du 3 octobre 1789, qui avait repris la force que la crise financière des mauvais jours de la révolution lui avait momentanément enlevée, était là pour prohiber dans les prêts civils tout intérêt conventionnel au dessus du taux légal [9]. Enfin, dans les matières commerciales, cette loi du 3 octobre 1789, laissant aux transactions une latitude que n'avaient pas les prêts civils, réglait les intérêts sur l'usage, c'est-à-dire sur le cours de la bourse ou sur le taux admis parmi les négociants accrédités [10]. On avait pensé que le taux de 5 p. °/₀, suffisant pour les prêts civils, ne l'était pas pour les prêts en matière commerciale. Car, suivant un adage de Scaccia, *pecunia mercatoris pluris valet quam pecunia non mercatoris* [11].

350. Telles étaient les barrières. Mais la cupidité ne tarda pas à les franchir, et, il faut le dire, la jurisprudence de la cour de cassation favorisa, sans le vouloir, de coupables excès.

Dès 1809, en effet, nous voyons la jurisprudence faire un écart et oublier de sages précédents qui n'avaient pas été sans poids dans la discussion du conseil d'État. Dans l'origine et lorsque le Code civil se discutait, elle avait laissé croire que l'intérêt civil restait fixé à 5 p. °/₀; c'est ce que Regnaud avait rappelé [12]. Mais en 1809 un arrêt de cassation, prêtant aux lois de la révolution un sens qui n'a jamais été le leur, annula un arrêt de Caen qui avait cru pouvoir sévir contre l'usure [13]. Par quel étrange abus d'interprétation la cour de cassation aperçut-elle dans les lois en question une liberté absolue de stipuler des intérêts? c'est ce qu'il est difficile de comprendre. Ces lois ne disent pas un mot à cet égard. Celle du 5 thermidor an 4, la seule qui pourrait donner quelque couleur à cette opinion, n'avait pas voulu autre chose, sinon lever la prohibition de stipuler des payements en numéraire, et faire cesser la guerre stupide que la convention avait faite à l'argent au profit de son papier monnaie. Mais s'imaginer que le prêt à intérêt était entré dans la combinaison et la pensée de cette loi et des autres dispositions législatives relatives au même sujet, c'est assurément mettre son imagination à la place des réalités. Quoi qu'il en soit, depuis cette époque, la cour de cassation persista, et sa jurisprudence s'est signalée par de trop nombreux arrêts [14].

Toutefois les cours d'appel, plus rapprochées du siége du mal, luttaient en partie

---

[1] Fenet, t. 14, p. 433 et 434. Locré, part. 2, élém. du comm. 1, n° 19 et suiv.
[2] *Id.*, p. 435. Locré, *ib.*, n° 21.
[3] P. 437. Locré, *ib.*, n° 21.
[4] P. 433-435. Locré, *ib.*, n° 20.
[5] P. 434, 436, 438. Locré, *ib.*, n° 21.
[6] P. 436. Locré, *ib.*, n° 21.
[7] Paroles de Tronchet, p. 439. Locré, *ib.*, n° 21, *in fine*.
[8] Bouteville (Fenet, t. 14, p. 464), Locré, part. 2, élém. du comm. 5, n° 7.
[9] Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) (Fenet, t. 14, p. 434. Locré, part. 2, élém. du comm. 1, n° 21) reconnaissait dans la discussion de l'art. 1907 que la cour de cassation le jugeait ainsi. Et bien qu'il n'approuve pas cette jurisprudence, elle est cependant inattaquable. Mais nous allons voir qu'elle changea vers 1809.
[10] Arrêt du trib. d'appel de Dijon du 11 niv. an 11. *Pasicrisie*.
[11] § 1, q. 1, n° 438, et q. 7, p. 2, ampliat. 8, n° 225.
[12] *Voy.* Fenet, t. 14, p. 434. Locré, titre *Du prêt*, part. 2, élém. du comm. 1, n° 21. Voy. *supra*, n° 349, note 9 de la colonne précédente.
[13] 3 mai 1809. *Pasicrisie*. — Merlin, *Répert.*, v° *Intérêt*, § 6, n° 6.
[14] Merlin les cite, *loc. cit.*

pour le détruire; même dans les matières commerciales, où l'usure semblait trouver le plus facile accès, leur vigilance était inflexible. En voici deux exemples :

Clayeux, négociant, avait emprunté des fonds à M*** pour une suite d'années non limitées et avec des intérêts considérables stipulés d'une manière fixe, à tant pour cent.

Il accusa son prêteur d'usure, et le tribunal d'appel de Dijon, par arrêt du 11 nivôse an 11, prononça une réduction annuelle sur le taux moyen de la bourse de Lyon. Cet arrêt est parfaitement motivé. Il établit que la loi du 3 octobre 1789 est la règle des intérêts civils et des intérêts commerciaux; mais qu'en maintenant les usages du commerce, cette loi n'a pas entendu autoriser des prêts usuraires contraires à ses habitudes et funestes à sa prospérité; que les intérêts doivent toujours être ramenés au cours [1].

Un arrêt de Limoges du 10 mars 1808 est rendu dans les mêmes idées; il réduit à un taux modéré des intérêts usuraires qu'un sieur Gautier avait fait consentir à ses débiteurs au moyen de lettres de change [2]. Mais, à cette époque, la cour de cassation avait changé sa jurisprudence dans un sens favorable à l'usure, et cet arrêt de Limoges, moins heureux que celui de Dijon, tomba sous une cassation [3].

Je trouve, à la date du 11 avril 1810, une autre cassation, en matière d'intérêts commerciaux [4]. Mais ce dernier arrêt se justifie, sinon dans tous ses motifs, au moins dans son dispositif; car la cour d'appel avait réduit *au taux légal* des intérêts stipulés en l'an 4 à 25 p. °/₀. Or, en matière de commerce, il n'y avait pas alors de taux légal précis, d'après la loi de 1789. La cour d'appel, dont il s'agit, n'avait donc pas usé de la sage appréciation des cours de Dijon et de Limoges; elle avait créé une disposition de loi; elle avait commis un excès de pouvoir.

351. Tel était donc l'état des choses. En matière civile, on trouvait un obstacle à l'usure dans la loi de 1789. Mais la cour de cassation, par une fâcheuse condescendance, lui avait ouvert une carrière sans limites, que les cours d'appel avaient peine à contenir [5]. D'un autre côté, sous le masque du commerce, des fraudes étaient pratiquées, grâce au silence de cette même loi. A la vérité les tribunaux travaillaient à les déconcerter; ils faisaient de louables efforts pour arracher les prêts commerciaux, ou prétendus tels, au fléau de l'usure. Cependant tous les abus ne pouvaient être réprimés, et le plus grand nombre trouvait dans l'élasticité de ce que le législateur avait appelé les usages du commerce un refuge assuré. D'ailleurs, la cour de cassation gênait les investigations des cours et se mettait en travers dans cette lutte. Il est notoire que l'usure dévorait les emprunteurs et scandalisait les mœurs publiques [6].

Une loi était donc nécessaire; les vœux de tous les hommes sages l'appelaient. Le Code civil n'avait pu s'en occuper; il s'était contenté de mettre en réserve le droit du législateur. Le moment était venu d'examiner s'il ne convenait pas d'entraver l'essor redoutable des intérêts et de les courber sous une limite déterminée.

352. J'ai dit que le Code civil n'avait pu porter son attention de ce côté. En effet, puisque la loi qui restreint l'intérêt conventionnel au taux de l'intérêt légal dépend des circonstances; puisque, comme le disait Tronchet au conseil d'État, « cette loi » devant se régler sur les circonstances, qui » changent et qui varient, elle ne peut être » invariable [7]; » il suit de là qu'elle ne pouvait trouver place dans le Code civil, qui pose des principes [8] pour le présent et pour l'avenir. C'était au législateur à voir, sous l'influence de la situation présente, ce qu'il y avait à faire par une disposition spéciale plus administrative que civile [9], et dépourvue du caractère d'immutabilité qui est l'apanage du Code civil.

353. La loi du 3 septembre 1807 a pourvu à ce soin. Elle a mis en action le

---

[1] *Pasicrisie.*
[2] *Id.*
[3] 20 fév. 1810. *Id.*
[4] Devill., 3, 1, 173.
[5] Quelques-uns jugent comme la cour de cassation. Bruxelles, 24 mai 1809. *Pasicrisie.* Autre du 10 janvier 1810. *Ib.* En sens contraire, Turin, 2 mai 1807.
[6] Exposé des motifs, par Jaubert, de la loi du 3 septembre 1807. — Locré, t. 15, liv. 3, part. 3, élém. du comm. 7. — Merlin, *Répert.*, v° *Intérêts*, § 6, n° 5 et 6.
[7] Fenet, t. 14, p. 439. Locré, titre *Du prêt*, part. 2, élém. du comment. 1, n° 21.
[8] Boutteville, rapport au tribunat (Fenet, t. 14, p. 463, *in fine*.
[9] *Id.* — Et Albisson, orateur du tribunat (Fenet, *loc. cit.*, p. 473).

droit que le législateur s'était réservé [1], prenant en considération les besoins de l'industrie et les ressources actuelles de la société ; pesant avec équité les profits que rapportent ordinairement les spéculations honnêtes et la richesse agricole, elle a fixé à 5 p. % l'intérêt de l'argent en matière civile, et à 6 p. % celui de l'argent en matière commerciale.

A-t-elle mal calculé? A-t-elle assigné à l'intérêt conventionnel une part trop petite? Les circonstances actuelles qui ont si fort abaissé le prix de l'argent, et rendu si difficiles les placements à 5 p. %, sont une preuve évidente que la loi de 1807 a apprécié la situation avec assez de largeur pour que les prêteurs n'aient pas à se plaindre.

354. En 1836 cependant, par suite de cette légomanie si spirituellement signalée par de Cormenin [2], on proposa d'abroger la loi de 1807 [3], et de laisser les conventions maîtresses de déterminer le prix des prêts d'argent. C'était revenir au système de Turgot [4] et d'autres économistes, qui, laissant de côté la moralité des actes, envisagent plus particulièrement l'activité des capitaux et la liberté du commerce. Mais la tentative échoua. Il faut rendre grâce à Dupin aîné d'avoir combattu, comme il l'a fait dans cette occasion, pour les saines idées de justice, de morale, de bon sens. A la vérité, un adversaire battu par ses arguments a cru pouvoir prendre sa revanche en lui disant, que « les principes » d'économie politique ne sont pas les plus » connus au palais. » L'économie politique est une grande chose sans doute, et le palais la respecte quand elle reste dans le vrai. Mais lorsqu'elle poursuit des tentatives dangereuses, lorsque, pour demander la liberté d'élever le taux de l'intérêt au-dessus de 5 et 6 p. %, elle choisit une période de prospérité publique où l'intérêt, depuis près de vingt ans, est tombé beaucoup audessous de ce taux, il est à craindre qu'elle ne fasse les affaires de l'usure plutôt que celles du crédit, et les jurisconsultes clairvoyants n'ont aucun scrupule de se séparer d'elle.

355. Au surplus, la sagesse du gouvernement ne manque pas de venir au secours des localités dépendantes du royaume où la rareté du numéraire, bien constatée, force à recourir à un intérêt plus élevé. Aux colonies, l'argent n'est pas limité dans ses produits. En Algérie, l'intérêt légal est de 10 p. %, et l'intérêt conventionnel peut aller au delà [5].

Mais par ces concessions le législateur n'abandonne pas son droit; il le conserve au contraire, et ne fait que céder à l'empire de nécessités locales, afin d'amener sur des marchés pauvres et sans crédit l'argent qui n'ose se montrer que sous la condition de primes élevées. Telle est la condition de tous les pays où se fait sentir la disette du numéraire. L'intérêt y est nécessairement considérable. Mais ces exemples ne sont pas des précédents qu'on puisse opposer au régime de la métropole où l'abondance de l'argent ne laisse pas d'excuse à un intérêt trop fort.

356. Abordons maintenant le texte de la loi du 3 septembre 1807.

« Art. 1er. L'intérêt conventionnel ne pourra excéder, en matière civile, 5 p. %, ni en matière de commerce 6 p. %. Le tout sans retenue.

» Art. 2. L'intérêt légal sera en matière civile de 5 p. % ; en matière de commerce de 6 p. %. Aussi sans retenue.

» Art. 3. Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'art. 1er, le prêteur sera condamné par le tribunal saisi de la contestation à restituer cet excédant, s'il l'a reçu ; ou à souffrir une réduction sur le principal de la créance; et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal de police correctionnelle pour y être jugé conformément à l'article suivant.

» Art. 4. Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure sera traduit devant le tribunal de police correctionnelle, et, en cas de conviction, con-

[1] Albisset faisait remarquer en effet que « *la loi » s'était réservé* de fixer la mesure de l'intérêt, » p. 473.

[2] *Voy.* la *Gazette des tribunaux* (avril 1844).

[3] *Moniteur* du 10 mars 1836. Proposition de M. Lherbette.

[4] *Supra*, n° 345. — Thieriet, professeur à Strasbourg, et mon ancien collègue au parquet de Nancy, a soutenu le système de Turgot dans une dissertation que Duvergier a insérée dans sa *Collection des lois*, t. 35, p. 428 et 429 (note). Elle contient tout ce qu'on peut dire de plus fort à l'appui de ce système, qui n'est pas le mien.

[5] Ord. du 7 sept. 1835.

6 p. °/₀ dans les opérations commerciales auxquelles il peut se livrer ; car, pour répéter ici les paroles de Scaccia, « *plus valet pecunia mercatoris quam pecunia nòn mercatoris*[1]. » Il est donc juste qu'alors même que c'est un particulier qui lui emprunte, ses fonds lui produisent 6 p. °/₀ : il est censé faire une opération de commerce. A plus forte raison doit-on le décider ainsi pour des avances faites par un négociant à un non-négociant par suite d'actes liés à son commerce, comme, par exemple, quand un commissionnaire fait des avances à un particulier sur des récoltes, denrées, vins, huiles, grains, etc., que ce dernier lui a confiés pour être vendus [2].

Si ce sont deux négociants qui traitent ensemble, la solution paraît encore plus claire, et les 6 p. °/₀ sont dus au prêteur, alors même que les sommes prêtées devraient être employées à une opération qui ne rentrerait pas dans leur commerce habituel [3].

En est-il de même quand c'est un particulier qui prête à un négociant pour son commerce? Cette question s'est présentée à l'audience de la chambre des requêtes du 18 février 1844, et elle y a fait difficulté. Mais, comme il s'agissait, dans l'espèce, d'un prêteur non commerçant, qui cependant était engagé avec son emprunteur négociant dans l'opération commerciale objet du prêt, la cour pensa, à raison de cette circonstance, que les parties avaient pu régler l'intérêt à 6 p. °/₀ [4].

Quoi qu'il en soit, un arrêt de la chambre des requêtes du 10 mai 1837 a décidé que le prêt fait par une ville pour une entreprise rangée par le Code de commerce dans la classe des opérations commerciales avait pu être fait à 6 p. °/₀ [5]. Cette jurisprudence peut se soutenir par les raisons suivantes : Dans l'ancien régime, on appelait *prêt de commerce* celui qui était fait par un particulier à un négociant [6]. Ce n'est donc pas forcer le sens des mots de la loi 1807 que de décider que par ces mots, *en matière de commerce*, elle a entendu parler de ces sortes de prêts. Les fonds livrés au commerce rapportent à l'emprunteur négociant plus qu'ils ne rapportent à l'emprunteur civil. Il est donc équitable que le prêteur profite de cette différence. Le prêt de commerce est d'ailleurs soumis à toutes les chances dont le négoce peut être affecté. Il doit donc, à raison de ces chances, produire de plus grands avantages. Enfin, les fonds prêtés à un commerçant pour son commerce deviennent commerciaux. Pourquoi donc répugnerait-on à voir ici une matière commerciale?

363. L'usure a des ressources infinies pour s'exercer dans l'ombre. Mais ses piéges ont rarement échappé à la sagacité des jurisconsultes. Dans l'ancien droit, les canonistes lui ont fait une guerre infatigable, tandis que les casuistes relâchés avaient inventé de subtiles méthodes pour lui donner des couleurs honnêtes [7]. Ce sont, en partie, les détours captieux de ces derniers qui avaient fait introduire dans le droit la distinction des *usures formelles* et des *usures palliées* [8]. Les usures palliées étaient celles que l'on cherchait à se procurer par des simulations, des déguisements, des artifices de paroles. Pothier disait avec raison qu'elles avaient le double caractère d'ajouter au péché d'usure celui de l'hypocrisie.

364. Je n'ai pas vérifié les accusations de Pascal contre le père Bauny et contre Escobar ; mais si ses citations ne sont pas fausses, il y a tout à la fois de quoi rire et s'indigner de la morale de ces pères sur l'usure. Le père Bauny trompe les consciences

[1] *Supra*, n° 349.

[2] Bordeaux, 17 janvier 1839. — Ainsi jugé à l'égard d'un agent d'affaires pour sommes empruntées par un non-commerçant (Liége, 19 mai 1826 ; *J. du 19e s.* 1828, 3e, p. 37; et *J. de Br.*, 1827, 2e, p. 425). Il est à remarquer cependant que la loi de 1807 règle le taux de l'intérêt, non à raison de la qualité des parties, mais bien à raison de la nature de la convention, de son caractère commercial ou civil. Les notions plus justes, développées aujourd'hui par les économistes, en matière d'intérêts conventionnels, rendront sans doute les tribunaux plus faciles à admettre une interprétation large, en faveur des prêteurs loyaux et de bonne foi, qui appliquent leurs capitaux au développement des intérêts commerciaux en en courant tous les risques.

[3] Rouen, 4 avril 1843.

[4] Arrêt de rejet du 18 février 1844. Il est inédit. Hervé, rapport., et Chégaray, avocat général. — Le particulier qui prête à un commerçant des fonds pour son commerce peut stipuler l'intérêt de 6 p. °/₀ (Liége, 24 nov. 1823 ; *J. de Br.*, 1824, 2e, p. 299 ; Dalloz, t. 15, p. 98 ; *Rec. de Liége*, t. 9, p. 362).

L'intérêt d'un billet à ordre souscrit par un commerçant au profit d'un individu non commerçant peut être fixé à 6 p. °/₀. (Liége, 24 nov. 1823 et 19 mai 1826.)

[5] Dalloz, 37, 1, 338.

[6] Voy. *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 5 et *passim*. — Pothier, n° 68.

[7] *Voy.* la 8e lettre provinciale de Pascal. — J'ai cité les trois contrats dans mon *Comment. de la société*, t. 1.

[8] Pothier, n° 89.

en leur suggérant des paroles mystérieuses, dont la puissance est assez grande pour rendre honnêtes et licites des profits qui sans cela *provoqueraient la juste indignation de Dieu !* Et autant le scrupuleux Pothier met de soin à condamner le contrat *mohatra* [1], autant les casuistes de la compagnie de Jésus s'efforcent de lui trouver des excuses et de le sauver par des détours d'intention.

Mais qu'est-ce que le *mohatra?* Beaucoup de gens éprouveront la surprise de Pascal en entendant ce mot. Il est cependant célèbre dans le code de l'usure et dans la morale des opinions probables.

Le *mohatra* est un prêt usuraire déguisé sous la forme d'une vente [2]. Pierre vend à Paul, à crédit, une partie d'étoffes pour 600 fr., payables dans six mois; puis Paul la revend incontinent à Pierre ou à une personne interposée pour 540 fr., que ce dernier lui paye comptant. Au fond, il n'y a qu'un prêt de 540 fr. Et la différence entre 540 et 600 fr. est un intérêt usuraire qui dépasse le taux légal de 5 °/₀. C'est le cas de dire avec Pascal : *Vous voyez assez par là l'utilité du* MOHATRA.

365. Je ne reviendrai pas sur les trois contrats, dont j'ai traité dans mon *Commentaire de la société* [3]; autre supercherie pour voiler l'usure sous l'apparence de trois contrats licites combinés.

366. J'ai montré dans le même ouvrage la société servant à déguiser le prêt usuraire [4].

367. D'autres fois c'est la donation que l'usurier invoque à son aide [5]. Outre l'intérêt légal, il se fait donner un supplément à titre de don. Mais ce don ne saurait être l'œuvre d'une volonté libre. Quelques termes qu'on emploie, il est imposé par un homme qui dicte la loi. *Debitor servus est fœneratoris.* Il y manque le *nullo jure cogente*, qui est de l'essence de la donation. Car *egestas excludit voluntarium.*

Il en serait autrement toutefois si ce don était fait après la libération de l'emprunteur et dans un état de choses où ce dernier est en pleine liberté [6]. Les circonstances doivent être consultées. Ce sont elles qui mettront le juge à même de décider si la rémunération du débiteur a été *liberalis et vere spontanea*, pour me servir des expressions de Dumoulin [7].

Une espèce singulière s'est présentée à ce sujet et doit être citée; elle offre un des exemples les plus scandaleux qui puissent se rencontrer dans les annales de la justice [8]. Gentien, menacé d'une exécution rigoureuse par Maze, dont il était débiteur, et qui l'accablait sous le poids d'usures de 15 et 16 p. °/₀, prit la détermination d'emprunter 25,000 fr. Comment trouver cette somme? Il eut l'idée de s'adresser à Maze lui-même, et de lui offrir ou un contrat de 45,000 fr., ou une obligation de 25,000 fr. avec intérêts, et une donation de 20,000 fr. sans intérêts jusqu'à sa mort. Maze accepte le second parti. Le 12 septembre 1808, Gentien écrit à Maze une lettre dans laquelle il donne à sa proposition toutes les apparences de la bonne harmonie. Le 28 janvier 1809, le contrat de prêt est passé; et ce n'est que le 4 janvier suivant que la donation de 20,000 fr. est passée et acceptée. L'acte exalte les bons et loyaux services de Maze, l'amitié et la reconnaissance que Gentien lui porte. Plus ces témoignages sont multipliés et énergiques dans l'expression, plus ils sont menteurs et hypocrites dans le fond.

Les 25,000 fr. furent remboursés avec intérêts. Mais Gentien, devenu libre, résolut de s'affranchir d'une donation simulée, que la nécessité lui avait soustraite; et la cour de Pau, saisie de l'affaire, la déclara l'œuvre de l'usure la plus effrontée [9]. Son arrêt ayant été cassé pour vice de forme, la cour royale de Bordeaux, par arrêt solennel du 17 septembre 1829, rendu sous la présidence du très-savant Ravez, décida de nouveau que la donation en question n'était qu'un acte usuraire nul [10]. On ne pouvait ni mieux faire ni mieux dire.

368. La prohibition de l'usure comprend non-seulement ce que le prêteur en argent exige à titre de récompense, mais encore les services appréciables qui sont une condition du prêt et peuvent par leur impor-

[1] *De l'usure*, 88, et *Vente*, n° 38.
[2] *Junge* Chardon, *De la fraude*, t. 3, n° 506. — Les annot. de Zachariæ, t. 3, p. 99, note 13.
[3] T. 1, n° 47, et notre Préface.
[4] N° 49.
[5] Chardon, n° 514.
[6] Pothier, n°s 98 et 99.
[7] *De usuris*, q. 1, n° 7.
[8] Expression d'un arrêt de Pau du 17 janvier 1824. (Dalloz, 29, 2, 133, note.)
[9] Arrêt précité.
[10] Dalloz, 29, 2, 134. (Devill., 8, 2, 425; Sirey, 28,

tance aggraver la condition de l'emprunteur [1].

369. Le contrat de change et les opérations de banque donnent lieu à des profits qui ont de l'analogie avec l'intérêt. Les théologiens et les canonistes, trop soupçonneux en matière d'usure, ont affecté d'englober ces profits dans les prohibitions de la loi religieuse. Les jurisconsultes ont démontré leur erreur et la pratique leur a donné un constant démenti.

Ces profits sont l'escompte, le change, la provision ou commission. Ils sont connus dans les ouvrages des docteurs sous le nom de *collybus* [2].

370. Il y a, comme le dit Pothier, une très-grande ressemblance entre l'escompte et l'intérêt [3]. Mais il y a aussi une différence sensible, et le jurisconsulte ne saurait les confondre.

L'*escompte* est une opération au moyen de laquelle on fournit comptant le montant d'une créance à terme, sous la déduction d'une somme proportionnée à la perte du papier contre l'argent, ou aux délais à courir [4]. Par exemple, j'ai un billet de 10,000 fr. payable à un an par Jacques et Cie. Voulant m'en procurer actuellement le montant, je vais trouver un banquier qui, en me le payant actuellement, me retient 1 p. °/₀ par mois. Cette retenue est ce que l'on appelle *escompte*.

Pour savoir si cette retenue est usuraire, il faut se faire des idées justes sur la nature de l'agissement qui intervient entre le banquier et moi. S'il me fait un prêt, nul doute que la loi de 1807 devra être observée. Mais si ce n'est pas un prêt, alors la solution sera différente. Car l'usure ne peut trouver sa place que dans le prêt proprement dit, et pas ailleurs. Point de prêt, point d'usure [5].

Or, le banquier qui escompte ne fait pas un prêt. Adonné au commerce de l'argent et des billets, il ne fait qu'acheter une créance [6]; et comme 10,000 fr. payables dans un an ne valent pas 10,000 fr. payables actuellement [7], il donne un prix moindre du prix nominal. Ce prix se calcule sur le temps à courir, sur la solidité que présente la signature du souscripteur, sur la valeur de cette signature sur la place, etc., etc. Si le crédit du souscripteur est reconnu, l'escompte sera plus faible; s'il est incertain, l'escompte s'élèvera [8]. D'ailleurs : *Minus valet actio quam res ad quam datur actio* [9]. Il faut donc de toute manière que le cédant paye et le délai qu'il impose à l'acheteur de son billet, et les dangers d'un recouvrement chanceux auxquels se soumet ce dernier [10]; dangers dont il ne suffit pas que le banquier soit garanti par le vendeur [11]. Car, d'une part, cette garantie peut être illusoire; elle n'arrive d'ailleurs qu'en second ordre et après que le cessionnaire a épuisé les moyens de se faire payer auprès du souscripteur, auquel il est tenu d'abord de s'adresser pour obtenir son remboursement; de l'autre, il est de la plus haute importance dans le commerce de ne pas éprouver de mécomptes lors des payements. Les agissements commerciaux s'en trouvent gênés; il y a des pertes de temps, d'occasion, des recours fâcheux et pleins d'entraves. Après tout, le banquier qui achète un billet ne peut le faire circuler que pour la valeur que l'opinion commerciale attribue à ce papier : il faut donc qu'il l'achète, sous peine de perdre, à cette même valeur. Eh bien, l'escompte n'est que la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle.

371. J'ai dit que le banquier achète une créance [12]; j'ajoute que de son côté le porteur achète une somme présente pour une somme non échue. Dans tous les cas, le porteur qui vend sa créance ne contracte pas l'obligation de rendre, caractéristique du prêt; son obligation est de livrer la chose et

2, 65, 66, 67.) — *Voy.* une consult. de Sirey (22, 2, 41, et *Pasicrisie*), en sens contraire. Chardon l'a combattue avec chaleur et en moraliste sévère, n° 515. On sait ce que valent, au point de vue de la science pure, les opinions dictées par le zèle de la défense dans les consultations. Ce sont les moindres autorités.

[1] Pothier, n° 106.

[2] Stracchа, *De mercatura*, pars 1, n° 68, et Scaccia, § 1, q. 3, n° 8, disent que le *collybus* est : *merces quæ datur campsori*.

[3] N° 128.

[4] Pardessus, n° 199 et n° 31.

[5] Pothier, n° 88. Scaccia, § 1, q. 1, n° 398 : *Usura non committitur in alio contractu quam mutui explicito, vel implicito.*

[6] Dissert. théolog. sur l'usure, p. 398, 399 ; *infra* n° 387.

[7] Scaccia, § 1, q. 7, p. 1, n° 80.

[8] La marchandise en mer, dit Scaccia, pour donner un exemple frappant, se paye moins que la marchandise dans le port, § 1, q. 1, n°s 431 et 435.

[9] *Id.*, n° 433.

[10] Scaccia, § 1, q. 7, p. 1, n° 8, et § 1, q. 1, n° 452.

[11] Art. 140, Code de comm.

[12] Scaccia, § 1, q. 7, p. 1, n° 80.

d'en garantir le payement. D'autre part, le banquier devient propriétaire de l'effet au même titre que s'il eût acheté tout autre meuble; il l'utilise comme il l'entend, et il n'a plus affaire avec le cédant qu'autant qu'il y a matière à garantie.

372. Chardon, ce scrupuleux investigateur de la fraude, cet adversaire rigide de l'usure, croit cependant dans son stoïcisme qu'il y a là un prêt réel, et que l'escompte ne saurait s'élever au-dessus du taux fixé par la loi de 1807 [1]. Je ne saurais partager cette opinion si souvent réfutée dans l'ancien droit : l'achat d'une créance, lors même qu'il est accompagné de la garantie du cédant, un tel achat fait par un spéculateur, dans le but de revendre, ne pourra jamais se présenter à mes yeux comme un prêt; quelques ressemblances dans les résultats ne doivent pas faire confondre deux agissements aussi profondément distincts que la vente et l'achat d'un billet, et un prêt proprement dit. En vain Chardon soutient que l'escompte n'est pas autre chose qu'un intérêt conventionnel. Je le nie. Est-ce que l'acheteur d'un titre qui doit faire l'objet d'une spéculation peut être comparé au simple prêteur ? est-ce que ce dernier a pour but principal de se procurer un papier comme objet de négociation ultérieure et de commerce? Non! la raison et la conscience des jurisconsultes et de canonistes très-scrupuleux et très-orthodoxes ne s'y sont pas trompées, même dans l'ancien régime, malgré les craintes exagérées de l'usure palliée [2].

373. Un autre auteur, qui a porté sur le droit commercial des aperçus très-ingénieux, Frémery [3], s'est efforcé, dans un autre but que Chardon, d'effacer la différence du prêt et du contrat d'escompte. Pénétré de la crainte que la loi de 1807 ne soit allée trop loin par une fixation absolue du taux de l'intérêt, il cherche à démontrer que l'usage commercial, plus fort que des barrières impuissantes, a brisé le joug de la loi de 1807, et que cette loi a le sort de toutes les prescriptions législatives qui défendent ce que la nécessité commande et ce que la conscience ne réprouve pas. En conséquence, il soutient que l'escompte n'est pas une opération distincte du prêt conventionnel. Mais hâtons-nous de dire que les auteurs modernes qui ont approfondi le droit commercial ne partagent pas en général cette opinion [4]. Scaccia, dans l'ancien droit, l'a réfutée par des arguments victorieux contre Soto et autres théologiens infatués de la chimère de l'usure. J'avoue que je suis entièrement de l'avis de Scaccia.

374. Mais, dit Frémery, quelle différence y a-t-il entre prêter en recevant un effet de commerce signé par l'emprunteur, et prêter en ne recevant que sa simple reconnaissance? Aucune assurément, si les parties ont voulu faire et recevoir un prêt. Mais le banquier n'entend pas faire un prêt; il entend acheter une matière négociable. Entre le prêt et cet agissement, il y a la différence du prêt à la vente. Je l'ai fait remarquer il n'y a qu'un instant.

375. Frémery ajoute : Sur quoi donc se fonde ce profit illimité de l'escompte? Quelle raison plausible peut-on donner de sa liberté, à côté des restrictions imposées aux intérêts? On dit que c'est une composition particulière sur le prix de l'effet commercial. On concevrait cette raison si, moi, par exemple, qui transmets à mon prêteur l'effet de commerce, je cessais d'être son débiteur. Car alors il y aurait un risque qui pourrait être la cause d'un prix. Mais pas du tout! je reste toujours son débiteur, et de plus, à une garantie qui ne cesse pas d'être entière, vient s'ajouter la garantie des endosseurs et de l'accepteur, obligés comme moi au payement. Et c'est lorsque le banquier a cet avantage qu'il exige une indemnité!

Je réponds à ces arguments, empruntés aux canonistes des siècles passés, par les raisons de Scaccia, qui me semblent triomphantes.

Ne confondons pas celui qui fait le commerce de la banque avec le simple particulier. Ce dernier prête ou ne prête pas; il consulte sa commodité, ses ressources présentes. On n'est jamais sûr de le trouver

---

[1] *De la fraude*, t. 3, nº 489. Ses raisons ont entraîné Duvergier, nºˢ 293 et suiv.

[2] Voy. *Conf. de Paris*, t. 2, liv. 3, *confér. unique* « de l'escompte des billets, » et liv. 4, *confér.* 1, § 9, sur *l'escompte des marchandises*. — *Junge Dissert. théolog. sur l'usure*, p. 393, 398, 399, 400, 401. — Pothier, au nº 129, donne des raisons qui rentrent dans celles que nous avons données nous-mêmes. — Jousse, sur l'art. 1, tit. 6, de l'ord. du commerce de 1673, autorise un escompte au taux de l'intérêt légal. Mais il faut surtout voir Scaccia, § 1, q. 7, part. 1, nºˢ 74 et suiv. Il a traité cette question avec plus d'indépendance et de force que Pothier et Jousse.

[3] *Etudes sur le droit comm.*, p. 80.

[4] Pardessus, nº 471. Horson, quest. 224.

prêt. Au contraire, le premier est toujours à son poste pour escompter à bureau ouvert; il lui faut des capitaux sans cesse disponibles pour suffire aux exigences du public, qui a l'avantage de trouver dans son ministère l'à-propos de l'occasion présente et la promptitude de la négociation! De là une première cause d'indemnité distincte de l'intérêt des fonds que débourse le banquier. Car le public doit payer la commodité d'un tel office, de même que le banquier doit être dédommagé de la charge qui en résulte pour lui, et que Scaccia appelle si bien : *onus mutuandi* [1].

Il y a plus : dans ce commerce d'argent que fait le banquier, qui vous a dit que le capital qu'il recevra dans un an vaudra pour lui le capital qu'il a déboursé comptant aujourd'hui? Peut-être qu'à l'échéance les affaires éprouveront de la stagnation, qu'il y aura peu d'escomptes à faire, et alors ses fonds resteront oisifs. N'y a-t-il donc pas là une chance qui doit être calculée quand on stipule le prix du transport? Le banquier prévoyant ne doit-il pas avoir les yeux ouverts sur les occasions de tenir ses capitaux toujours en action et en travail? Ne faut-il pas que l'acheteur du billet soit autorisé à mesurer sur ses besoins personnels l'utilité de la chose qu'il achète [2]? Le temps de l'échéance n'est-il pas une chose digne de considération, non-seulement parce qu'il est plus ou moins éloigné et qu'il prive le banquier plus ou moins de temps de son argent, mais encore parce que le moment du recouvrement concordera moins avec l'époque annuelle des affaires que s'il arrivait à une autre échéance? Est-ce que, par exemple, l'échéance qui précède une foire ne vaut pas mieux pour le banquier que celle qui arrive quand la foire est fermée? Gardons-nous donc de méconnaître dans le change toutes les circonstances aléatoires, d'où naît une chance appréciable, distincte de l'intérêt et susceptible de vente.

Quant aux garanties accumulées que présente l'effet négociable à celui à qui il est vendu, ce n'est pas une raison pour priver le banquier du bénéfice qu'il doit trouver dans les causes que nous venons d'énumérer. Les garanties peuvent échapper, et l'on voit tous les jours les meilleures signatures devenir mauvaises [3]. Ces fréquentes non-valeurs auxquelles est exposé le commerce de banque ne sont-elles pas une preuve qu'un doute raisonnable peut peser sur la chose jusqu'au payement, et que, dès lors le banquier a droit à en être indemnisé [4]?

Ajoutez que le banquier doit faire les diligences pour le recouvrement, qu'il est responsable d'une complaisance, d'un retard, d'une omission!

376. Ainsi donc, il y a dans l'escompte, outre le prix ordinaire de l'argent dont se prive le banquier, des éléments d'un autre ordre qui peuvent le faire monter au-dessus de l'intérêt légal. L'escompte est autre chose que l'intérêt; il est le prix d'une opération distincte du prêt; et de même que le commerce a obtenu la franchise de l'escompte à une époque où l'intérêt de l'argent était défendu, de même l'escompte doit rester invulnérable dans un système qui ne proscrit que l'excès dans l'intérêt de l'argent. Car (on ne saurait trop le redire), l'escompte n'est pas l'intérêt, et l'on ne doit pas confondre la vente avec le prêt.

377. Au reste, la jurisprudence est parfaitement fixée à cet égard. En voici quelques monuments curieux et importants.

Un sieur Desprès-Églée avait escompté des billets à 1/2 p. %. Condamné par le tribunal de police correctionnelle d'Alençon pour habitude d'usure, il se pourvut en cassation; et, par arrêt de la chambre criminelle du 8 août 1825, cette décision fut cassée. La raison donnée par la cour est que les sommes perçues par Desprès-Églée provenaient d'escomptes perçus lors des payements qu'il faisait avant l'échéance des billets, et non pas d'intérêts de prêts conventionnels; qu'à la vérité un usurier astucieux peut prendre la couleur de l'escompte pour déguiser des intérêts excessifs découlant de prêts conventionnels proprement dits; mais qu'en fait, rien n'ayant été déclaré par les juges de la cause, qui établisse une dissimulation du prêt par l'escompte, Desprès-Églée avait été condamné à tort pour habitude d'usure. Car la loi de 1807 défend bien le prêt usuraire; mais elle ne prohibe pas l'escompte des billets à un taux supérieur à 6 p. % [5].

Le 26 août suivant, arrêt de cassation

[1] § 1, q. 7, part. 1, nos 74 et 76.
[2] Scaccia, *loc. cit.*, no 80.
[3] *Id.*, nos 78, 79, 80.
[4] Scaccia, no 83.
[5] *Pasicrisie.*

rendu dans les mêmes termes dans une autre affaire [1]. Depuis, les arrêts se sont multipliés. La chambre des requêtes et la chambre civile ont prêté appui à la chambre criminelle [2]. Les cours royales ont aussi marché dans cette voie [3]. Tout vient désormais se référer à ce point unique : est-ce une opération de banque qui a été faite ; ou bien, sous l'apparence d'une opération de banque, n'y a-t-il qu'un prêt dissimulé?

Cette question peut quelquefois être délicate en point de fait ; en droit ; elle ne l'est pas sous le rapport de l'usure.

378. Voici, en effet, un cas où elle s'est présentée avec des circonstances de nature à causer de l'hésitation. Il s'agissait de savoir si la liberté de l'escompte devrait même être respectée par les tribunaux, alors que les effets négociés avaient été souscrits non par un tiers, mais par les personnes mêmes qui étaient venues trouver le banquier pour s'en procurer le payement anticipé.

Les sieurs N*** et L***, voulant élever des constructions et n'ayant pas les fonds nécessaires, s'adressèrent à R*** pour les obtenir. Celui-ci leur donna de l'argent comptant contre des effets de commerce souscrits par eux ; mais il retint un escompte qui s'élevait à 12 p. °/₀ et qui fut calculé sur les chances qu'offraient la solvabilité des souscripteurs, la difficulté des rentrées et l'époque des échéances.

Un procès s'étant engagé devant la cour royale de Paris au sujet de cet escompte, un arrêt du 18 janvier 1833 [4] le déclare valable, « attendu, est-il dit, qu'il importe » peu que cet effet soit souscrit par l'individu qui le négocie ou par un tiers. »

On conçoit cependant qu'il est beaucoup plus facile de simuler un prêt pur et simple dans le premier cas que dans le second, et que le caractère d'opération de banque se rencontre avec plus de peine dans le fait de deux parties dont l'une, ayant besoin d'argent, va trouver l'autre et lui remet une lettre de change qu'elle souscrit. Bien souvent les tribunaux ont été naturellement conduits à voir un prêt pur et simple dans cet agissement, et l'on ne peut nier que cet aperçu n'ait, en général, de la justesse [5].

Toutefois, il n'est pas absolument incompatible avec le commerce de la banque ; il peut se rattacher à de véritables opérations de change de place en place. Cela suffit pour que, dans certaines circonstances particulières, les tribunaux aient pu y voir autre chose qu'un prêt. Un arrêt de la chambre criminelle du 10 avril 1840, qui rejette le pourvoi contre un jugement du tribunal de Saintes, vient corroborer l'arrêt de la cour royale de Paris que nous venons de citer [6]. Je puis citer encore à l'appui un arrêt de la chambre des requêtes du 6 mars 1844, dont je parlerai tout à l'heure, et dans l'espèce duquel un escompte et une commission au-dessus de 6 p. °/₀ furent alloués à un banquier qui avait payé par anticipation des effets souscrits par celui-là même qui était venu lui demander de l'argent [7].

379. En résumé, il faut se garder de confondre l'escompte avec l'intérêt. On ne se laisse égarer par les apparences d'une fausse ressemblance que parce qu'on ne distingue pas assez les caractères profonds qui séparent le prêt d'une cession de créance. Un banquier, à proprement parler, ne prête pas ; il achète pour revendre ou spéculer.

380. Le change est encore autre chose que l'intérêt et l'escompte. Nous avons vu que l'escompte c'est l'achat d'une somme non encore exigible par une somme qui est actuellement payée. Le change est l'achat d'une somme absente, c'est-à-dire payable dans un autre lieu, par un prix présent : « *Emptio venditio pecuniæ absentis pecunia* » *præsenti* [8]. Le négociant, qui ne fait rien pour rien, vous donne à Paris l'argent que vous seriez obligé d'aller chercher à Nancy ou à Strasbourg ; et pour cela il se fait payer un droit qui s'appelle change, et qui n'a rien de commun avec l'intérêt. Le change ne peut donc intervenir que dans une opération qui a pour objet une remise de place en place ; il ne peut être perçu qu'à l'occasion d'un billet payable dans un lieu autre

[1] *Pasicrisie.*

[2] Autre arrêt de la chambre criminelle du 6 août 1828. (S., 29, 1, 37.) — Arrêt de la chambre des requêtes du 14 juillet 1840. (S., 40, 1, 898.) — Arrêt de la chambre civile du 4 février 1828.

[3] Toulouse, 25 juin 1829. (S., 30, 3, 320.) — Grenoble, 16 février 1836. (S., 37, 2, 321.) — Paris, 18 janvier 1839. (S., 39, 2, 262.)

[4] Devill., 39, 2, 262.

[5] Cass., 19 fév. 1830. (S., 30, 1, 273.) — Cass., 4 août 1820. (S., 21, 1, 39.)

[6] Dig., 40, 1, 411.

[7] *Infra*, n° 385.

[8] Scaccia, § 1, quest. 4, n° 21. — Frémery, *Études sur le droit comm.*, ch. 13, p. 87, et Delamarre et Lepoitevin, *Cont. de commission*, t. 2, n° 299.

que celui où demeure le banquier. Au contraire, l'escompte peut être perçu sur un billet payable dans la ville même où demeure le banquier. Le change est l'indemnité des frais de déplacement et de transport [1]; l'escompte est le prix de l'anticipation de payement.

381. Quant à l'intérêt, j'ai déjà dit qu'il ne peut trouver place que dans le contrat du prêt; et il est élémentaire que le prêt et le change sont deux contrats essentiellement différents [2], quoique celui-ci ait souvent servi à déguiser celui-là [3].

Dans le contrat de change, comme dans le contrat de prêt, l'une des parties reçoit ordinairement une somme d'argent pour laquelle elle remet à l'autre un titre. Mais, à la différence de la reconnaissance délivrée pour un prêt, le titre du contrat de change, c'est-à-dire la lettre de change, ne reste pas entre les mains du prêteur : celui-ci ne le garde pas en portefeuille pour en demander lui-même le remboursement au souscripteur à l'époque de l'échéance. Au contraire, ce titre est destiné à passer de mains en mains, à circuler par endossement ; il doit être payé par un tiers, désigné, et dans un lieu différent de celui où il est souscrit. Enfin le mode de négociation, les sûretés et les obligations particulières que la loi y attache, sont autant de caractères spéciaux qui distinguent le contrat de change du prêt proprement dit. Il est vrai que le contrat de change renferme un élément qui le rapproche du prêt, et qui se manifeste par la réception par le souscripteur d'une valeur calculée en argent. Mais cet élément du prêt se combine avec le mandat et avec la vente; et de ce mélange naît un contrat spécial, le contrat de change, gouverné par des principes qui lui sont propres, et qui se signalent par la négociabilité du titre, la remise de place en place, l'indication d'un tiers comme payeur, les formalités spéciales à remplir par le porteur pour éviter la déchéance, etc. Très-souvent le souscripteur a pour unique mobile le désir de toucher une somme d'argent. Mais celui qui fournit la somme a une pensée qui s'éloigne du prêt, et qui est une opération de change, une remise de place en place, une circulation d'effets.

382. Il est donc très-légitime que le banquier perçoive un émolument qui n'est que l'indemnité des frais de déplacement et de transport, de correspondance, de tenues d'écritures et de livres. « *Pro qua receptione* » *in distanti loco*, dit Scaccia, *et reductione* » *pecuniæ ad domum*, *requirantur labores*, » *impensæ et operæ* [4]. »

Puis Scaccia fait cette remarque : « *Moneta* » *præsens regulariter plus valet quam moneta* » *absens, quia emens monetam absentem, debet* » *majora onera et pericula subire, in eam* » *conducendo* [5]. » Le banquier, à la différence du prêteur, qui ne court aucun risque, est exposé aux dangers qui menacent la chose en venant du lieu de payement au lieu d'arrivée. Il a de plus, comme banquier, un comptoir dont il est obligé de payer le loyer, des commis qu'il salarie, une patente à supporter [6]; tout cela explique la légalité du salaire que le banquier exige pour la négociation qu'on vient lui demander : « *Et in* » *summa*, continue Scaccia, *non convenit ut* » *mercator, qui dat pecuniam præsentem pro* » *pecunia absenti ponat operam et sudorem ad* » *aliorum utilitatem* [7] ! » Ce salaire est connu sous le nom de commission ou provision, et en Italie sous le nom de *costo* [8]. Il est généralement admis et usité comme l'indemnité commerciale du travail du négociant qui prête son ministère, *merces laboris* [9]. Et la cour de cassation l'a positivement décidé dans une espèce où un banquier avait ouvert un crédit à un de ses correspondants et avait stipulé un droit de commission en sus de l'intérêt des sommes avancées : « Il est d'usage incontestable » dans le commerce, dit la cour, qu'une » commission soit allouée au négociant ou » banquier qui, ouvrant un crédit, est obligé » d'avoir un capital à la disposition de l'emprunteur, soit que celui-ci s'en serve, » soit qu'il ne s'en serve pas [10]. »

383. Mais, pour que ce droit de commission soit légitime, il est indispensable que

[1] Dumoulin, *Som. des cont. usur.*, n° 73.—Frémery, p. 80, et note : Pardessus, t. 1, n° 26.
[2] *Voy.* Scaccia, § 1, q. 4, nos 4 et suiv. — Turri, *De cambiis*, disp. 1, q. 7, à la suite de Scaccia.
[3] Frémery, p. 93 et 94, Turri, *loc. cit.*, n° 10.
[4] § 1, quest. 1, nos 422 et 423.
[5] N° 424.
[6] Scaccia, n° 426 : *Parando pecunias, et famulos, et ministros conducenda.*
[7] N° 427.
[8] N° 428.
[9] Delamarre et Lepoitevin, *Traité du cont. de commission*, t. 2, nos 279 et 297.
[10] Arrêt du 14 juillet 1840 (requêtes). (S., 40, 1,

l'opération soit bien réellement une opération de banque ou de change. La cause légitime de la commission ne peut résulter que de ces opérations. Que si un négociant, faisant un simple prêt, y attachait un droit de commission, en sus de l'intérêt légal, ce serait de l'usure, et les tribunaux viendraient au secours de l'emprunteur [1].

384. Il faut de plus que l'opération, quoique se rattachant à des affaires de banque, soit de celles qui exigent de la part du banquier le travail dont nous parlions tout à l'heure. Si, par exemple, l'opération se borne à un simple règlement de compte et au simple report du reliquat à un nouveau compte, comme il n'y a là aucune nécessité pour le banquier de faire des démarches pour se procurer les valeurs dont il dispose, ce serait à tort qu'il réclamerait un droit de commission en sus des intérêts [2].

385. Il faut enfin ou que le droit de commission ait été stipulé, ou que les parties soient censées s'en être référées à l'usage des lieux; et si le banquier le percevait à un taux plus élevé que celui qui aurait été convenu, ou que le cours habituel de la localité autorise, les tribunaux devraient le réduire : c'est ce qu'a jugé la chambre des requêtes par arrêt du 6 mars 1844, en rejetant le pourvoi formé contre un jugement du tribunal de Chinon par un sieur Viros, banquier. Le tribunal avait réduit au taux autorisé par l'usage des lieux une commission de banque de 3 p. % que Viros avait exigée sans qu'il y eût de convention à cet égard. La cour de cassation pensa que cette décision rentrait dans le droit des tribunaux d'apprécier les conventions des parties.

386. A l'occasion des décisions judiciaires qui ont accordé au commerce de change, sincèrement et réellement exercé, la liberté de stipuler de gré à gré le taux de la provision, Frémery a reproduit pour le change et la commission l'opinion qu'il a émise pour l'escompte; il est fort porté à croire que les tribunaux se sont laissé prendre au piége, et que la coutume commerciale a vaincu la loi de 1807! Voici sa raison pour établir que la commission n'est qu'un intérêt proprement dit, qui manque de base, si on veut lui trouver une cause différente du prêt. Puisque le prêt à intérêt procure un bénéfice au prêteur, l'accroissement des opérations qui occasionne les déboursés du banquier amène une augmentation de bénéfices bien supérieure à ces déboursés; il y a donc avantage. Et on veut une indemnité!

Frémery suppose d'abord que le change est un prêt dans les mains du banquier. Mais Scaccia et les auteurs commerciaux, qui ne se sont pas laissé infecter par les préjugés absurdes des théologiens, ont, il y a bien longtemps, réfuté cette erreur. Et par là ils ont évité à la fois et les embûches de l'usure et la tyrannie jalouse des sommistes et des canonistes.

Nous conviendrons ensuite que les banquiers entendent faire des bénéfices; nous avouerons même qu'ils en font le plus souvent. En conscience, doit-on faire le commerce pour perdre? Ne suffit-il pas qu'il y ait dans le négoce des chances mauvaises pour que les profits n'y soient pas un sujet d'envie? Du temps de Scaccia, l'argument avait déjà été fait. Scaccia y avait répondu [3].

Pourquoi Frémery veut-il que le bénéfice du banquier soit de 6 p. % ni plus ni moins? La loi l'a-t-elle dit? Non. La loi n'a réglé que le taux de l'intérêt. La liberté veut donc que les bénéfices du change ne soient pas courbés sous un taux inflexible.

Il y a plus! ces 6 p. % qu'on veut bien accorder au banquier comme à un prêteur ordinaire, le banquier les recueillerait-il entiers, s'il n'était indemnisé des frais de négociation, de change, de loyers, d'administration, auxquels n'est pas soumis le prêteur ordinaire? Non certainement. Et alors pourquoi trouve-t-on extraordinaire que le banquier les prélève pour prix de sa commission, c'est-à-dire de son travail? Ce prélèvement n'est-il pas nécessaire pour établir l'égalité entre lui et le capitaliste oisif?

Non, les jurisconsultes et la jurisprudence ne sont pas le jouet d'une illusion. Non! ce ne sont pas là de vaines arguties, inventées pour tromper la conscience, et pareilles aux subtilités du pouvoir prochain et du probabilisme.

387. Je disais tout à l'heure [4] que l'escompte des billets que fait un banquier se rattache à la matière des cessions plutôt

[1] Grenoble, 6 mars 1840. (Devill., 40, 2, 213.)
[2] Cass., 12 nov. 1834.
[3] § 1, q. 7, part. 1, n° 94.
[4] *Supra*, n° 370.

qu'à celle du prêt. Ce n'est pas seulement dans les matières commerciales et de banque qu'on a essayé de confondre le prêt et la cession, c'est encore dans les matières purement civiles. Je conviens que l'astuce des usuriers peut masquer l'usure des couleurs d'une cession. Mais, en thèse, la cession est autre chose que le prêt, et quand l'intention des parties n'est pas suspecte, il n'y a pas de raison plausible pour enlever au premier de ces contrats son existence distincte du prêt.

C'est ce que la cour de cassation vient de décider, à mon rapport (chambre des rèq.), par arrêt du 8 mai 1844 [1].

Par acte notarié du 14 novembre 1837, F.-Louis Martin se reconnut débiteur de Fontenat d'une somme de 12,000 fr., payable dans six mois. Pour sûreté du remboursement, il fut stipulé que le débiteur cédait et transportait à Fontenat une somme égale à prendre sur sa part afférente d'un capital déposé dans les caisses de la ville de Lyon et provenant de la succession de son oncle. Fontenat était autorisé à toucher directement au lieu et place de Martin.

Martin fit d'autres transports, tant à Fontenat qu'à d'autres individus.

La demoiselle Lepeaux, créancière de Martin, ayant intérêt à écarter ces cessions qui lui faisaient craindre de n'être pas payée, soutint qu'elles ne pouvaient procurer à leurs porteurs aucun bénéfice sérieux ; qu'il n'y avait eu entre Martin et ses créanciers que de simples prêts avec délégation de payement par un tiers. Martin a reçu 12,000 fr. de Fontenat, disait-elle ; il s'est obligé à les rendre, voilà tout. La délégation ne change pas cet état de choses ; elle ne peut faire qu'en vertu d'un simple prêt, Fontenat ait acquis un droit de propriété sur les fonds déposés.

La cour de Lyon ne s'arrêta pas à ce système (arrêt du 17 février 1845) ; et, par arrêt de la chambre des requêtes, sur les conclusions de Delangle, le pourvoi de la demoiselle Lepeaux fut rejeté en ces termes :

« Sur le premier moyen, considérant que la cour royale de Lyon, après avoir interrogé la volonté des parties, a décidé que les actes intervenus entre elles étaient, non pas des prêts proprement dits, mais bien des cessions véritables, réunissant toutes les conditions de la vente, *res, pretium, consensus*, et distinctes par l'intention des contractants de tout autre contrat avec lequel il pourrait avoir des analogies apparentes,

» Rejette. »

388. Les ventes à réméré ont toujours été suspectes de cacher l'usure. « *Via aperta*, » disait Dumoulin, ... *ad illicitum fœnus* » *exercendum* [2]. » On peut consulter ce que j'en ai dit dans mon *Commentaire de la vente* [3].

389. L'antichrèse n'est pas par sa nature un contrat usuraire [4]. Il peut le devenir par les circonstances. C'est ce qui arriverait si les fruits de l'immeuble engagé étaient d'une valeur manifestement supérieure aux intérêts de la somme reçue avec lesquels ils doivent se compenser. La cour de Montpellier l'a ainsi décidé par arrêt du 21 novembre 1829 [5].

A ce propos, je ferai remarquer une erreur dont cette cour paraît avoir été trop préoccupée. Elle a insinué qu'à l'époque de la promulgation du Code civil, l'intérêt de l'argent était illimité, et que ce n'est que la loi de 1807 qui en a réglé le taux. C'est un faux aperçu. A l'époque de la discussion et de la promulgation du Code civil, l'intérêt conventionnel des capitaux civils était de 5 p. °/₀, comme je l'ai dit ci-dessus [6]. Au surplus, pour faire rejeter une convention qui compenserait, en totalité, les fruits considérables de l'immeuble engagé avec les intérêts de la somme modique qui aurait été prêtée, il n'est pas nécessaire de mettre l'art. 2089 du Code civil en opposition avec la loi de 1807 qui l'aurait modifié. L'article 2089, en lui-même et pris isolément, autorise l'annulation d'une telle convention, et c'est le mal entendre que de s'imaginer, comme l'avait fait le tribunal de Montpellier, qu'il permet une compensation totale, même dans le cas où il y a excès.

390. Le contrat pignoratif dont j'ai parlé dans mon *Commentaire de la vente* ne doit être confondu ni avec le réméré ni avec

---

[1] Devill., 44, 1, 612.
[2] *De usuris*, q. 56, n° 392.
[3] T. 2, n° 692. *Voy.* cass., 25 mars 1825. — Dig., 25, 1, 177, exemple d'usure sous couleur de réméré.

[4] Art. 2085, Code civ.
[5] Dig., 30, 2, 157. — S., 30, 2, 88. Chardon, n° 482.
[6] N°s 346, 347, 349.

l'antichrèse ; il est un prêt déguisé et un manteau pour l'usure [1].

391. Le cautionnement a ses caractères particuliers. S'il a produit pour le débiteur les avantages du prêt, il engendre pour la caution des liens rigides d'obligation envers le créancier, liens dont est affranchi celui qui se borne à prêter son argent. Il ne faudrait donc pas appliquer à la caution les principes et les restrictions de la loi de 1807. La caution, outre l'argent qu'elle donne, engage sa personne, et par cette obligation, qui vient s'ajouter à l'obligation principale et la rendre moins fragile, elle rend un service qui peut avoir son prix en sus de l'intérêt légal.

Que si le cautionnement se bornait à verser une somme d'argent pour le débiteur, sans obligation personnelle du capitaliste, cet agissement se rapprocherait davantage du prêt proprement dit, et il serait plus difficile d'expliquer la stipulation d'un intérêt supérieur à 5 p. %. Cependant il n'est pas impossible de trouver une espèce qui le légitime, et c'est ce qu'a aperçu la cour de Rouen [2] dans une affaire où la somme déposée était une rente sur l'État dont la caution s'interdisait la négociation, se privant par là de profiter de la hausse des effets publics et d'un bénéfice assuré sur son prix d'achat.

392. L'usure, qui se glisse partout, s'est quelquefois dissimulée sous l'enveloppe de l'échange.

Un usurier d'Alsace achetait de petits héritages, et lorsqu'on venait lui emprunter de l'argent, il obligeait l'emprunteur à en prendre en échange pour le prix qu'il y mettait. Par là il ne figurait jamais comme prêteur, mais toujours comme créancier de soulte d'échange. On peut consulter sur les manœuvres de cet usurier un arrêt de la cour de Colmar du 25 mars 1825 [3].

393. Dans l'ancien régime, les capitalistes avaient eu recours à un moyen habile pour se procurer des rentes plus considérables. C'était de stipuler des intérêts en denrées au lieu d'intérêts payables en argent. Dumoulin disait que ces intérêts étaient périlleux pour les débiteurs [4]. En effet, au commencement du XVIᵉ siècle, quelques spéculateurs, prévoyant que l'abondance du numéraire envoyé par le nouveau monde ne manquerait pas de faire hausser le prix des blés, vins, huiles et autres denrées, convertirent leurs rentes en rentes en blé. La hausse arriva en effet, et les débiteurs furent pris au piége.

Pour comble de malheur, une gelée extraordinaire survint en 1523. Les espérances des récoltes furent perdues et les grains s'élevèrent à un prix énorme. Les débiteurs de rentes se trouvèrent réduits à une extrémité fâcheuse. Le mal dura longtemps et devint si pressant, que le législateur dut intervenir. Une ordonnance de Charles IX, de novembre 1565, réduisit à prix d'argent et au denier 12 toutes rentes en blé, défendant aux créanciers d'exiger autre chose.

Cette ordonnance, appliquée par la cour de cassation pour les rentes anciennes [5], pourrait-elle être mise en vigueur à l'égard des prêts passés sous l'influence des lois modernes, et obliger les porteurs à voir les intérêts stipulés en denrées convertis en argent au denier 20? Non [6], quoi qu'en disent Chardon [7] et un arrêt de la cour royale de Paris du 2 mai 1825, confirmatif du jugement du tribunal d'Auxerre, fortement motivé [8]. Notre loi régulatrice et générale est la loi de 1807. L'intérêt en denrées d'une somme d'argent ne serait usuraire qu'autant que la comparaison du prix de ces denrées avec le taux des mercuriales témoignerait d'un détour captieux pour faire l'usure. On peut confirmer cette solution par le texte de la loi de frimaire an 7, art. 14, § 9, qui détermine le mode d'évaluation *des rentes et pensions stipulées en nature*.

394. Quand le prêt est mêlé de chances aléatoires, il peut se créer des avantages supérieurs au taux légal [9]. C'est ce que

[1] T. 2, nº 695. Les annot. de Zachariæ, t. 3, p. 99, note 16.—Chardon, *De la fraude*, t. 3, nºˢ 510, 511, 512. —Louet, lettre P, somm. XI.

[2] *Pasicrisie.*

[3] Dig., 25, 2, 173.

[4] *De usuris*, q. 21, nº 220.

[5] 31 mai 1813. — S., 13, 1, 213. — Dalloz, *Usure*, 28, 16.

[6] Répert., vº. *Rente constituée*, § 2, art. 2, nº 1.— Championnière, t. 2, nº 1300.

[7] Nº 478.

[8] Dig., 21, 2, 7.

[9] On ne peut voir un contrat usuraire dans l'engagement de faire des ouvrages et placer des machines pour l'exploitation d'une mine, pendant toute la durée de cette exploitation, moyennant le vingtième brut du charbon qui s'extrairait ou du vingtième denier à en provenir, surtout si les bénéfices espérés pouvaient, en raison des circonstances, être considérés en quelque sorte comme aléatoires. (Br., 20 déc. 1828 ; *J. du* XIXᵉ *s.*, 1829, 3, 237.)

la cour de cassation a décidé à l'égard de la caisse hypothécaire [1].

395. Le prêt à la grosse aventure offre un autre et mémorable exemple de cette vérité. Le profit maritime y dépend de la convention [2].

396. L'anatocisme, jadis prohibé, est autorisé par le Code civil, à la condition que la convention d'intérêts ne portera que sur des intérêts dus au moins depuis une année [3].

Dans le commerce, où les usages font loi, les intérêts du reliquat d'un compte peuvent être capitalisés pour produire eux-mêmes des intérêts, quoiqu'il s'agisse d'intérêts de moins d'une année [4].

397. Quand l'usure est prouvée, le débiteur est protégé par une double garantie. D'une part, le créancier n'a pas d'action pour le forcer au payement des intérêts excédant le taux légal ; de l'autre, il a une action en répétition des intérêts usuraires déjà payés.

Mais comment faut-il procéder pour calculer les retranchements auxquels les perceptions usuraires donnent lieu ?

Suivant Chardon [5], l'emprunteur victime des extorsions usuraires impute sur le prix principal ce qui a été payé de trop, et cette imputation se fait par compensation et de plein droit au jour même des payements. Si, en fin de compte, le débiteur a payé plus que ce qu'il devait légitimement, le surplus doit lui être restitué, et dans ce dernier cas les intérêts de cet excédant sont dus à dater du jour de l'indu payement [6].

La jurisprudence est moins sévère. Elle n'admet pas que la compensation s'opère de plein droit à l'époque des payements faits. Suivant elle, la compensation n'a lieu qu'autant qu'il y a eu demande en réduction ou en restitution de la part du débiteur, et par l'effet du jugement de condamnation qui liquide les sommes à restituer. Enfin les intérêts de l'excédant ne sont dus, suivant elle, que par la demande [7].

La raison est que le prêteur ne reçoit que ce qui lui a été promis, et qu'il est fondé à le conserver, en vertu de son titre apparent, tant qu'il n'y a pas eu demande. On peut argumenter de ce qui a lieu en matière de lésion, où l'acheteur coupable de lésion ne doit les intérêts du supplément que du jour de la demande, et où, s'il opte pour rendre la chose, il garde néanmoins les fruits et ne restitue que ceux échus depuis la demande (art. 1682, Code civ.) [8].

398. L'action de l'emprunteur est de nature à être atteinte par la prescription. Voici cependant comme cela doit être entendu :

De deux choses l'une,

---

[1] Cass., 21 mai 1834. (Sirey, 34, 1, 673.) — Lyon, 4 mars 1836. (Devill., 36, 2, 306.) — La loi de 1807 sur le taux de l'intérêt n'interdit pas de stipuler à une époque fixée la libération de l'emprunteur, pour autant qu'il soit tenu pendant ce laps de temps d'ajouter chaque année à l'intérêt légal du capital primitivement prêté, et sans diminution de cet intérêt, certaine quotité du même capital.

Ce mode d'opération, suivi par la société anonyme connue sous le nom de Banque foncière, ne devient pas usuraire si cette société perçoit en outre, pour prix de ses soins, une majoration d'intérêts, ou si le payement de ceux-ci (réglé dans le même but, par exemple par semestre) se fait de manière à procurer à la société le même bénéfice. (Br., 3 janv. 1844 et Br. cass. 1844 ; *J. de Br.*, 1844, p. 205).

Les opérations d'une banque foncière, qui consistent à prêter des capitaux et à recevoir des emprunteurs, tous les six mois, des sommes composées de l'intérêt à 5 p. % du capital prêté et d'une partie de ce même capital dont elle bonifie l'intérêt à l'emprunteur à raison de 4 p. %, et les intérêts des intérêts, ne sont pas entachées d'usure, et partant prohibées par la loi du 3 sept. 1807, alors surtout que le bénéfice ou l'indemnité à en résulter n'a rien d'excessif. (Gand, 24 mai 1844 ; *J. de Br.*, 1844, p. 238.)

[2] Art. 311, Code de comm.

[3] Art. 1154, Code civ.

[4] Cassat. (req.), 14 juillet 1840. (Sirey, 40, 1, 198.) — Dijon, 24 août 1832. (Sirey, 33, 1, 334.) — Grenoble, 16 février 1836. (Sirey, 37, 2, 361.) — *Contra*, Chardon, nº 487. — Les banquiers ne peuvent, en arrêtant leurs comptes courants au bout de six mois, capitaliser l'intérêt des sommes qui leur sont dues de manière à lui faire produire un intérêt nouveau. (Liége, 30 juin 1841 ; *J. de Br.*, 1841, p. 394.

L'usage établi entre négociants de régler leurs comptes courants plusieurs fois dans l'année, pour en faire résulter une plus prompte capitalisation des intérêts, ne peut être étendu aux comptes existants entre particuliers ou entre un négociant et une société civile. (Liége, 7 juill. 1840 ; *J. de Br.*, 1840, p. 437.)

Il est dans l'usage commercial, auquel les parties sont censées consentir et se soumettre, que tout solde de compte au profit d'un banquier porte intérêt ; ainsi il ne suffit pas de les allouer depuis la demeure judiciaire (Br., 7 août 1841 ; *J. de Br.*, 1841, p. 565.)

En matière commerciale le compte courant admet, entre négociants, la capitalisation des intérêts chaque année. Il ne peut en être de même après l'ouverture de la faillite. Cette capitalisation ne peut avoir lieu qu'à l'année et non pas de six en six mois. (Liége, 24 août 1834 ; *J. de Br.*, 1834, p. 329.)

[5] Nº 304. Son opinion est suivie et développée par Duvergier, nºs 303 et 304. — Pothier, nº 118.

[6] Arg. de l'art. 1778, Code civ.

[7] Cass., ch. civile, 9 novembre 1836. (Sirey, 36, 1, 805, rejet.) — 16 janv. 1837 portant cassation. (Sirey, 37, 1, 236, req.) — 21 juin 1842. (Sirey, 42, 1, 766.)

[8] En sens contraire, il existe cependant un arrêt de Montpellier du 20 décembre 1841. (Devill., 42, 2, 179.) Cet arrêt consacre l'opinion de Chardon.

Ou il demande pour l'avenir la réduction du contrat qui le soumet à des prestations usuraires;

Ou bien il demande la restitution de ce qu'il a payé par le passé.

399. Au premier cas, il est évident que, quand même le débiteur aurait subi pendant 30 ans la loi rigoureuse d'un créancier livré à l'usure, il pourrait toujours réclamer le retour au droit commun qui le protége. Que le créancier soit demandeur, qu'il soit défendeur, peu importe. Demandeur, il sera arrêté par une exception insurmontable tirée de la loi de 1807 : *Quæ temporalia sunt ad agendum, ad excipiendum fiunt perpetua* [1]. D'ailleurs, que serait-ce que sa demande, si ce n'est une requête afin de continuer l'usure, *de continuanda usura*, comme dit Dumoulin [2]? quel tribunal lui donnera accès? Défendeur, il succombera devant la puissance d'une loi d'ordre public qui ne souffre pas que le laps de temps paralyse ses effets et autorise le cours d'intérêts usuraires [3].

400. Ou bien, il s'agit d'une demande en restitution de ce qui a été payé indûment, et alors l'action intentée par le débiteur se prescrit par 30 ans [4]. Vainement objectera-t-on que, d'après l'art. 1304 du Code civil, un contrat nul ne peut être attaqué que pendant 10 ans, et que, pour obtenir la restitution, le débiteur doit, avant tout, faire tomber le contrat qui a été cause du payement. Je réponds que cet article n'est pas applicable. L'emprunteur n'a pas besoin d'attaquer le contrat; il lui suffit de s'en prendre au fait, et de dire : J'ai trop payé, car j'ai payé 10 au lieu de 5 p. %. Loin d'attaquer le contrat pour le faire tomber, il s'en empare pour établir la preuve de l'injustice dont il a été victime. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin : « *Condicens indebitum non dicitur venire contra pacta et* » *conventa, nec petere illa rescindi* [5]. »

401. Il en serait autrement toutefois, suivant quelques arrêts, si, pour administrer la preuve de l'exaction usuraire, le demandeur était obligé d'établir que le titre n'est pas vrai dans ses allégations, et que la somme représentée comme faisant l'objet du prêt était en réalité de beaucoup inférieure. Alors, dit-on, il y aurait nécessité de porter atteinte au titre même, de réduire sa force obligatoire à une partie seulement des stipulations écrites; et dans ce cas l'article 1304 est une barrière à l'action du débiteur. C'est ce qu'ont jugé les cours de Caen et de Toulouse [6].

Quant à moi, je ne saurais admettre cette manière de voir. Le débiteur, encore une fois, n'entend pas faire tomber l'acte sous le coup d'une nullité; il l'attaque seulement pour fait de simulation dans quelques-unes de ses parties. Ce n'est pas là une action en nullité ou en rescision, et l'on étend l'article 1304 hors des cas pour lesquels il a été fait. La cour de Bourges a parfaitement marqué cette nuance dans un arrêt du 2 juin 1831 [7].

402. Mais de quelle époque court l'action du débiteur en répétition?

Chardon voudrait que son point initial fût le moment où l'emprunteur s'est entièrement libéré et a échappé par là au servage dans lequel le retient le créancier. Quelque défaveur que mérite l'usure, il ne faut pas exagérer les sévérités de la loi. L'action court du moment où l'indu payement a été fait.

403. L'usure ne saurait être couverte par des actes confirmatifs d'exécution, et c'est ce que prouve la loi de 1807 en ouvrant une action en restitution à l'emprunteur [8].

404. Mais une transaction dans laquelle les parties auraient exprimé la volonté formelle de ratifier librement des usures passées et consommées [9] aurait entre elles force de loi. Elle ne serait sans valeur qu'autant

[1] Cassat., 31 décembre 1833. — (Devill., 34, 1, 104.)

[2] Q. 17, nº 191.

[3] Mon *Comment. de la prescript.*, nº 132. — Dumoulin, q 17, *De usuris.* — Pothier, *Cont. de rente*, nº 23. — Arrêt de Paris, du 2 mai 1823, confirmatif d'un jugement du tribunal d'Auxerre fortement motivé. (Dalloz, 24, 2, 7.)

[4] Pothier, *loc. cit.*, nº 26.

[5] *De usuris*, q. 18, nº 200.

[6] Caen, 29 avril 1835. (Devill., 38, 2, 510.) — Toulouse, 8 nov. 1836. (Devill., 37, 2, 324.)

[7] Dalloz, 31, 2, 248. — Sirey, 31, 2, 120.

[8] Louet, lettre I, som. 6. — Et Brodeau. — Chardon, nº 332. — A l'époque où la jurisprudence belge prohibait la stipulation d'intérêts, même payés volontairement, pour prêt d'argent, les intérêts pouvaient être imputés sur le principal.

On ne peut répéter les intérêts réprouvés par les lois anciennes, et payés volontairement depuis la promulgation du Code civil. (Liége, 27 juill. 1831; *J. de Br.*, 1832, 2, 63; *J. du* XIXᵉ *s.*, 1832, 3, 161.)

[9] Dumoulin, *De usuris*, nº 8.

qu'elle porterait sur des usures à venir et qu'elle voudrait les favoriser en assurant l'exécution d'actes réprouvés [1]. C'est ce qu'avait fait Maze à l'égard de Gentien, dans l'espèce que j'ai rapportée au n° 367. Après s'être fait promettre 20,000 fr., payables après la mort de Gentien, à titre de donation, Maze avait consenti plus tard que ces 20,000 fr. fussent convertis en une somme de 6,000 fr. payables 18 mois après. Or, cette transaction avait pour origine la même usure qui avait inventé la donation de 20,000 fr.; c'était la même fraude palliée sous une autre forme. Les juges ne manquèrent pas d'annuler cette transaction [2].

405. Venons à la preuve de l'usure. L'article 3 de la loi de 1807 [3] porte : « Lors» qu'il sera *prouvé* que le prêt conventionnel » a été fait à un taux excédant celui fixé par » l'art. 1er, etc., etc. » Comment cette preuve peut-elle se faire? faut-il une preuve écrite ou tout au moins une preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit? Les règles ordinaires sur la preuve des obligations sont-elles celles auxquelles l'on doit se référer? Les usuriers ont mis en avant ce système, et ils ont trouvé des consultations pour l'appuyer [4]. Mais la science impartiale et la raison prévoyante des tribunaux n'ont pas hésité à le repousser [5].

En effet, l'usure peut se prouver par la preuve testimoniale et par de simples présomptions. Elle est une fraude, et la preuve de la fraude n'est pas circonscrite dans la limite de la preuve littérale des obligations. De plus, l'usure, pour pallier ses extorsions, s'enveloppe presque toujours de simulations d'actes; et la preuve de la simulation est essentiellement du ressort de la preuve testimoniale. Enfin le bon sens indique que la volonté du législateur n'a pu être de captiver l'emprunteur dans les preuves écrites ordinaires, sans quoi il aurait assuré l'impunité à l'usure qu'il entendait réprimer ; il aurait donné aux usuriers une égide et un encouragement pour ne laisser aucune trace apparente de leurs pratiques abusives, pour envelopper les desseins de leur cupidité sous les couleurs trompeuses d'un acte licite. Non! il faut pouvoir percer le voile et montrer la triste vérité dans tout son jour [6].

406. Toutefois, le zèle contre l'usure ne doit pas porter atteinte à des principes supérieurs et aux garanties tutélaires de l'authenticité des actes. Quand le notaire qui a reçu l'acte public a constaté que telle somme a été comptée en sa présence et reçue par l'emprunteur, on ne pourra prouver que par l'inscription de faux que ces faits n'ont pas eu lieu [7]. Mais on pourra prouver par témoins qu'ils n'ont été qu'un vain simulacre; que ce n'a été qu'un faux semblant pour tromper le notaire; que le prêteur a exigé cette simulation pour arriver à ses fins; mais qu'ensuite il y a eu des faits qui ont détruit cette numération et cette dation [8].

407. Nous avons expliqué la nature du prêt à intérêt, les motifs qui le justifient ; nous avons séparé les intérêts légitimes des intérêts usuraires, et posé quelques règles pour les distinguer.

Voyons maintenant quelles formes président à la création du prêt à intérêt.

408. La stipulation d'intérêts, étant une altération du prêt simple, doit être expresse et formelle [9]. N'exigeons cependant pas un fétichisme de langage qui répugne à la simplicité de notre droit et favorise la mauvaise foi.

409. Il faut que le taux de l'intérêt soit fixé par écrit [10], et la formalité de l'écriture est nécessaire alors même qu'il s'agit de 150 fr.

Néanmoins l'écriture n'est pas de l'essence de la convention. Le taux de l'intérêt peut

[1] Louet, *loc. cit.* Dumoulin, *loc. cit.*
[2] Chardon, n° 535.
[3] *Supra*, n° 356.
[4] *Voy* Sirey, 25, 1, 46.
[5] Chardon doit être cité avec honneur parmi ceux qui y ont le plus énergiquement combattu pour les vrais principes, nos 520 et suiv. — *Voy.* l'arrêt de cassat. du 2 déc. 1813.
[6] Arrêt de Caen du 29 juillet 1813. Pourvoi rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 28 juin 1821. (Devill., 6, 1, 460.) — Besançon, 24 messidor an 9. — *Junge* cass., 18 fév. 1829. (Dalloz, 29, 1, 375.) — Caen, 25 juillet 1827. (Sirey, 30, 2, 204.) — Bourges, 2 juin 1831. (Sirey, 32, 2, 120.) — Duranton, t. 13, n° 332. — Garnier, *De l'usure*, p. 110. — Zachariæ, t. 3, § 398, note 20. Toullier, t. 9, n° 193. — Duvergier, n° 307. — Dalloz, t. 28, p. 317.
[7] Arrêt de Caen et arrêt de rejet précités.
[8] *Id.*
[9] Agen, 19 juin 1824. (Devill., 7, 2, 384.) — Bordeaux, 2 mai 1826. (Devill., 8, 2, 229.) — Bourges, 25 avril 1826. (Dalloz, 25, 2, 41, 225.) — Autre arrêt de Bourges moins sévère, 11 juin 1825. *Pasicrisie.* — Merlin, *Repert.*, v° *Intérêts*, § 3, n° 12.
[10] Art. 1907.

se prouver par l'aveu de la partie, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles. L'art. 1907, en effet, n'a rien de plus restrictif que les art. 1341, 2044, qui concilient la preuve écrite avec les autres genres de preuves que nous venons d'énumérer. Il n'a été fait que pour exclure la preuve testimoniale [1].

410. Ce n'est que lorsque l'intérêt est illégitime que l'emprunteur peut recourir à la preuve testimoniale pour établir la fraude [2]. Il ne faut pas confondre la preuve d'un prêt et la preuve de l'usure.

411. Quand l'emprunteur s'engage à payer des intérêts sans ajouter de taux, il est entendu que ce sont les intérêts légaux. La stipulation est claire et suffisante; elle satisfait au vœu de l'art. 1907.

412. S'il arrivait que les intérêts eussent été stipulés verbalement, malgré l'art. 1907, et que l'emprunteur les eût payés, il ne pourrait les répéter, ni les imputer sur le capital [3]. Le fait du payement volontaire des intérêts est plus fort ici que la forme de l'acte. Mais ceci ne s'étend pas au cas d'usure. La fraude fait exception à toutes les règles.

413. On peut même aller jusqu'à dire que le payement des intérêts fait présumer par lui-même une convention verbale de prêt à intérêt, et cette présomption ne peut être détruite que par la preuve de l'erreur du débiteur, erreur toujours difficile à établir.

414. A côté de cette présomption qui milite contre l'emprunteur, l'art. 1908 en établit une autre qui milite contre le prêteur: c'est celle qui résulte de la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts. Une telle quittance fait présumer que tout a été payé, ou que remise a été faite au débiteur. Je n'admets contre cette présomption aucune preuve contraire, si ce n'est celle de l'erreur. L'art. 1908 veut, en effet, qu'il y ait libération [4].

ARTICLE 1909.

On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger.

Dans ce cas le prêt prend le nom de *constitution de rente.*

ARTICLE 1910.

Cette rente peut être constituée de deux manières, en perpétuel ou en viager.

ARTICLE 1911.

La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable.

Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai, qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé.

SOMMAIRE.

415. De la rente constituée. Son origine.
416. Textes du droit romain dans lesquels on a cherché la preuve que l'empire romain la pratiquait.
417. Elle devint fort fréquente aux XIII[e] et XIV[e] siècles, et remplaça le prêt, défendu par les lois religieuses et civiles.

---

[1] Duvergier, n° 255. — Arg. d'un arrêt de la cour de cass. du 25 janvier 1815. (Sirey, 15, 1, 265.) — *Contra*, Duranton, t. 17, n° 598.
[2] *Supra*, n[os] 403 et 406.
[3] Art. 1906, Code civ.
[4] Toullier, t. 10, n[os] 31 et suiv. et 54. — Duranton, t. 17, n° 431; — et Duvergier, n° 260, admettent la preuve contraire. — Mais voy. dans mon sens Zachariæ, t. 3, p. 95, note 4.

418. Elle fut autorisée par l'Église et pratiquée par toutes les classes de la société, par le clergé autant que par la noblesse et la bourgeoisie.

419. Toutefois, quelques théologiens élevèrent des doutes sur sa légitimité.

Mais le pape Martin V et le pape Calixte III approuvent la constitution de rente.

420. Nouveaux efforts des théologiens. Leurs scrupules gagnent le saint-siége. Néanmoins, le pape Pie V, qui les écoute, ne prend pas de décision pontificale contre la constitution de rente. Sa bulle pour la restreindre à certains cas non usités en France n'est faite que pour les États temporels du pape. Elle n'est pas reçue en France. Ses successeurs la modifient, et reconnaissent d'une manière absolue la légitimité de la règle constituée. Exemples nombreux dans l'ancien régime.

Droit du Code civil.

Rente sur le grand-livre de la dette publique.

421. Définition du contrat de constitution de rente. Il renferme une vente de la rente considérée comme être métaphysique ; le crédirentier l'achète, et le débiteur en est le vendeur. Le capital fourni forme le prix dont le dernier devient propriétaire incommutable.

Différence entre la rente constituée et le prêt.

422. Le contrat de constitution de rente, quoique de la classe des contrats réels, n'en est pas moins une vente.

Il est aussi une vente, bien qu'il soit plutôt unilatéral.

Toutefois, les art. 1909 et 1912 du Code civil placent la rente constituée dans les variétés du prêt à intérêt.

Raison de cela.

423. Le contrat de constitution de rente doit avoir un prix.

Ce prix peut être ou un capital fourni en argent, ou un capital fourni en denrées.

424. Si le prix est fourni en immeubles, la rente est plutôt foncière ; elle rentre dans le domaine de l'art. 530, Code civil.

Dans la rente constituée, le capital est fourni en valeurs mobilières.

Objections résolues.

425. Suite des objections.

426. Il ne faut pas confondre avec une rente foncière une rente constituée pour demeurer quitte d'un prix de vente ou d'une soulte.

427. De la rente constituée gratuitement et sans prix fourni.

En quoi elle diffère des rentes constituées à prix d'argent.

428. De la rente viagère. Renvoi.

429. Le caractère dominant de la rente constituée à prix d'argent, c'est que le capital fourni est aliéné à perpétuité et inexigible.

430. Sans cela elle dégénère en prêt à intérêt.

431. De quelques clauses qui peuvent être proposées comme contenant la stipulation d'inexigibilité du capital.

432. Si le débiteur manque à ses engagements, il peut être contraint au rachat, malgré l'inexigibilité du capital.

433. Quand le contrat porte la clause de racheter dans un délai déterminé, il devient un prêt.

434. La rente est toujours rachetable, et le débiteur peut volontairement s'en affranchir en remboursant le capital.

435. Cette faculté est perpétuelle ; elle ne tombe pas en péremption.

436. Mais le débiteur ne peut pas y être contraint, à moins qu'il ne manque à ses engagements.

437. Respect qu'on avait dans l'ancien droit pour la faculté perpétuelle de rachat.

Aujourd'hui on peut convenir que le rachat sera interdit au débiteur pendant 10 ans.

438. Mais on ne peut l'interdire pour plus longtemps.

439. Différence à cet égard entre la rente foncière et la rente constituée.

440. Quel serait l'effet d'une clause qui porterait que la rente constituée ne serait remboursable en aucun temps ?

441. La faculté de racheter en plusieurs payements partiels est prescriptible.

442. Les rentes inscrites au grand-livre sont rachetables comme les rentes constituées entre particuliers. Examen de cette question dans les deux sens.

443. Du taux légal des rentes constituées.

Historique à cet égard.

444 Questions transitoires sur ce sujet.

445. L'acheteur de la rente peut la payer plus cher que 5 p. %.

446. Tout ce qui excède le taux légal est une usure dans la rente constituée comme dans le prêt.

447. La rente constituée est meuble. Par l'ancien droit commun elle était immeuble. Raison de cela.

448. Le droit de rente constituée est divisible.

449. Le payement de la rente est soumis aux règles ordinaires.

Les arrérages se prescrivent par 5 ans.

450. De la preuve du contrat de constitution de rente.

Du titre *primordial* ; du titre *nouvel*.

Des frais de contrat. A la charge de qui sont-ils?

451. Si la rente constituée peut s'établir par prescription.

452. Examen de quelques pactes particuliers dont le contrat de constitution de rente est susceptible.

453. De l'engagement de passer acte devant notaire *toutes fois et quantes*.

454 De l'assignat.

455. De la stipulation d'emploi du capital prêté, à charge de subrogation.

456. De la délégation stipulée pour le payement des arrérages.

457. De la clause de payement des arrérages de six en six mois.

458. De la clause de payer d'avance les arrérages. Objection dont elle était susceptible dans l'ancien droit, à cause de la crainte de l'usure.

459. Nullité des clauses qui obligeaient le débiteur à rendre, en se libérant, plus qu'il n'avait reçu.

460. De la clause de rachat en plusieurs payements.
461. De la fin du contrat de constitution de rente.
Du rachat et de la résolution. Renvoi quant à la résolution.
462. La faculté de rachat est de l'essence de la rente.
Par qui peut-elle être exercée?
463. Le rachat doit se faire pour le total.
464. Il en est autrement quand le principal devient exigible par la faillite de l'un des débiteurs.
465. Pour être reçu au rachat, il faut offrir, outre le principal, tous les arrérages échus.
466. Suite. Application de ceci à l'héritier pour partie qui veut racheter.
467. De la compensation en cette matière. Circonstances particulières exigées. Différence à cet égard entre le prêt et la rente constituée.
468. Suite.
469. Suite.
470. Transition aux articles suivants qui traitent de la résolution forcée.

COMMENTAIRE.

415. Il est une autre combinaison propre à donner à l'argent une fécondité pareille à celle de l'intérêt : c'est la constitution de rente, qui a lieu moyennant un capital inexigible et perpétuellement aliéné [1]. C'est de ce contrat que s'occupent les art. 1909 et suiv. du Code civil. Recherchons en d'abord l'origine première.

La probibition du prêt à intérêt, portée par l'ancien droit, avait singulièrement gêné, mais non pas entièrement paralysé, l'essor des capitaux. Le besoin rend industrieux; la nécessité de faire fructifier l'argent stimula le génie inventif du moyen âge. On imagina plusieurs contrats qui, séparés du prêt par des traits caractérisques, en procurèrent cependant quelques avantages. Tel fut le contrat de constitution de rente [2], moyen ingénieux de tirer l'argent de l'oisiveté stérile où de fausses théories économiques le retenaient. Loyseau a très-bien dit, d'après Dumoulin [3], que les rentes constituées autrement appelées rentes *volantes* ou *courantes*, ont été établies *pour le commerce et trafic de l'argent* [4]. Elles n'ont pas eu d'autre but que de remplacer le prêt d'argent à intérêt, usité à Rome et défendu chez les nations modernes. Si les Romains ne les pratiquaient presque pas, c'est que le *fœnus* les en dispensait; si nos pères en découvrirent l'utilité, c'est que les lois canoniques et civiles sur l'usure les forcèrent à chercher d'autres voies pour féconder les capitaux.

416. Toutefois, l'érudition de nos anciens jurisconsultes a rattaché les rentes constituées au droit romain, origine des plus *beaux secrets* [5] de notre droit français. On en a trouvé ou cru trouver le premier germe dans la loi 11, C., *de debit. civit.*, laquelle est émanée de l'empereur Constantin et ordonne que les villes et cités qui auront placé des fonds à intérêt laisseront ces deniers aux mains de leurs débiteurs, tant que ceux-ci seront solvables et serviront les arrérages [6]. Mais cette loi est loin de présenter les éléments du contrat de constitution de rente. Elle ne fait que prescrire une mesure d'administration aux officiers des villes et ne rend pas le capital inexigible [7].

On peut citer avec plus de fondement la Novelle 160 de Justinien [8], dans laquelle on voit la ville d'Aphrodise, en Thrace, propriétaire d'une grosse somme d'or, la placer à la charge de redevances annuelles. Les débiteurs s'étant prévalus, pour ne plus continuer le service des intérêts, des lois de Justinien qui en arrêtent le cours au moment où ils doublent le capital, l'empereur décide que leur prétention n'est pas fondée, car ce dont il s'agit ici, ce ne sont pas des intérêts d'un prêt, mais d'un revenu annuel [9].

417. Quoi qu'il en soit, il est fort probable que le souvenir et l'étude du droit

[1] Consultez : Dumoulin dans son célèbre et très-curieux *Traité des usures*. — Coquille, *sur Nivernais*, t. 7, *Des rentes*, et dans ses *Quest. et répons.*, 68, 260, 261. — D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 266. — Bacquet, *Des francs fiefs*, ch. 7, nº 4. — Louet, lettre R, som. 10 et 12. — Basnage, *sur Normandie*, art. 530. — Ferrières, *sur Paris*, art. 119. — Le *Traité des rentes*, par M. L. B., avocat au parlement de Paris. — *Jurisprudence des rentes*, par Debeaumont. — Loyseau, *Des rentes*, liv. 1, ch. 6. — Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, t. 3. — Pothier, *Contrat de constit.*, dont l'ouvrage, si usuel à juste titre, ne dispense pas cependant de recourir aux précédents.

[2] Rente *a reditu*.

[3] *Des usures*, nº 84 : A été inventée pour *l'usage et fruition temporelle de l'argent d'autrui*.

[4] *Des rentes*, liv. 1, ch. 6, nº 1.

[5] Loyseau, *loc. cit.*, nº 2.

[6] *Id.*

[7] Pothier, *Contrat de constit.*, nº 7.

[8] Dumoulin, q. 73. — Pothier, nº 8.

[9] *Id.*

romain ont fait naître de ce texte la pratique des rentes constituées, qui devinrent en très-grand usage au XIII[e] et au XIV[e] siècle [1]. Le prêt à intérêt, proscrit par les chefs de l'Église et par les princes, se caractérise par l'obligation de rendre, qui est, chez lui, principale et substantielle; et c'est à ce moment critique de la restitution que les mauvais sentiments dont les parties peuvent être animées, et que la morale chrétienne voulait éteindre, éclatent avec le plus de vivacité, à savoir : *le refroidissement de charité des créanciers, et la dureté et ingratitude assez communes aux débiteurs* [2]. Or, une combinaison étant donnée, qui dispense l'emprunteur de rendre, il n'y aura plus un prêt proprement dit. Le contrat passera dans une autre classe ; ce sera plutôt une vente qu'un prêt, et les lois sur l'usure ne s'étendront pas jusqu'à lui.

418. La découverte était bonne ; elle devint populaire. Les évêques, les communautés religieuses, la noblesse, les bourgeois la mirent en pratique [3]; elle assura des revenus aux prébendes, colléges, canonicats et autres dignités ecclésiastiques dont elle augmenta la dot [4]. En un mot, les profits modérés des rentes constituées attirèrent les capitaux dans cette direction; l'argent eut un certain mouvement de circulation; il en résulta une communication heureuse de la richesse monétaire.

419. Toutefois, quelques théologiens rigides ne laissèrent pas que d'être inquiets de cette invention. La crainte de l'usure les tenait sans cesse hérissés de scrupules ; et, comme dit Coquille, « par leurs loys, trop » rigoureuses sur le fait des profits illicites, » ils auroient quasi aboly le trafic et l'aide » qu'un homme peut espérer de l'autre en » ses affaires [5]. » Ils crurent que l'usure avait trompé leur vigilance, et ils semèrent des doutes dans les consciences [6].

D'un autre côté, les débiteurs, se trouvant grevés par des rentes qui s'élevaient jusqu'au denier 10 [7], exploitèrent ces alarmes, et prétendirent que les créanciers exerçaient sur eux des usures iniques [8]. Enfin, en 1420, le clergé de plusieurs diocèses de Silésie s'adressa au pape Martin V, pour le consulter sur un usage que la requête qualifie d'immémorial [9], de populaire et de raisonnable [10]. Le pape, après examen, n'hésita pas à déclarer de tels contrats juridiques et licites : *Juridicos et juxta determinationem doctorum, licitos fore* [11].

Cependant des doutes régnaient encore en Allemagne. Calixte III les leva par une bulle de 1455, conforme à celle de Martin V [12].

Il est à remarquer que les contrats de constitution qui avaient fait l'objet de ces consultations étaient accompagnés d'assignat spécial sur des terres, maisons et autres héritages productifs, et que dans les requêtes on exposait aux papes Martin V et Calixte III que, d'après l'usage, la perte de ces sûretés n'était pas une raison suffisante pour les créanciers d'exiger le remboursement du capital.

En France, ces circonstances n'avaient pas lieu ordinairement, dans l'usage des rentes constituées. La constitution n'était pas établie sur un fonds déterminé, mais sur tous les biens et sur la personne du débiteur; et lorsque les biens venaient à périr, la personne demeurait obligée [13].

420. Il arriva de là que les théologiens, dont l'excessive rigueur avait été condamnée par les bulles des papes, prirent prétexte de l'usage français pour renouveler leurs éternelles plaintes d'usure [14]. Pourquoi, disaient-ils, Martin V et Calixte III ont-ils autorisé les rentes? C'est que, par leur assignat sur des fonds productifs, par leur intimité avec ces fonds, le créancier de la rente est censé avoir acheté ces fonds eux-mêmes, et tirer de leur sein le produit qu'il a le droit de percevoir. Mais les rentes sans assignat, que sont-elles, sinon une

[1] Pothier, n° 8, *infra*.
[2] Loyseau, n° 7.
[3] *Voy.* l'extr. *Regimini* du pape Martin V. (*Extr. com.*, tit. *De empt. et vend.*)
[4] *Id. Junge* notre Préface.
[5] *Sur Niv.*, t. 7, art. 9 *Voy.* notre Préface.
[6] Henri de Gand, théologien du XIII[e] siècle, fut de ce nombre. Pothier, n° 5. Je donne des détails là-dessus dans ma Préface.
[7] *Id.*, Pothier, n° 10.
[8] *Id.*
[9] « *Quid a centum annis citra, et supra, et a tanto tempore et per tantum tempus, cujus contrarii memoria hominum non existit.* »
[10] « *Quædam consuetudo, rationabilis, observata, præscripta, ac moribus utentium approbata,* AD COMMUNEM UTILITATEM INTRODUCTA. »
[11] *Id.*
[12] *Voy.* aux extravagantes *De empl. vend.*, t. 2.
[13] *Dissert. théolog. sur l'usure*, p. 63.
[14] Loyseau cite Navarre, liv. 1.

usure palliée? d'où font-elles sortir le cens annuel? n'est-ce pas de l'argent? et dès lors ne viole-t-on pas les lois naturelles qui veulent que l'argent soit stérile?

Toutefois, l'usage marchait, et laissait les théologiens avec leurs plaintes, rassuré qu'il était par la majorité de nos jurisconsultes, plus éclairés sur ces matières que les docteurs en théologie [1].

En 1569, toutefois, ces subtilités théologiques gagnèrent le saint-siége, et le pape Pie V, entraîné par le célèbre canoniste Navarre [2], déclara, dans sa bulle *Cum onus*, qu'il était nécessaire que les rentes eussent une assiette sur un fonds déterminé et fécond de sa nature, et que la perte du fonds entraînât la perte de la rente [3]. Mais cette bulle ne fut ni reçue ni publiée en France; elle ne liait que les sujets temporels du pape; et comme ce n'était pas une décision pontificale sur le fait des usures, on n'eut aucun égard aux défenses qu'elle portait [4]. D'ailleurs, Grégoire XIII, successeur de Pie V, la modifia [5], et Pie V l'avait modifiée lui-même à la prière du roi d'Espagne [6].

En 1583, le concile de Bordeaux revint aux idées de Pie V, et voulut que la rente contînt la désignation d'un fonds frugifère que le créancier fût censé avoir acheté à juste prix : « *Res immobilis, quæ justo ema-* » *tur pretio* [7]. » Mais ce décret ne fut même pas suivi dans la province de Bordeaux, et l'on continua dans toute la France de créer des rentes à prix d'argent sans les assigner sur des fonds certains [8].

Enfin, le pape Benoît XIV reconnut que le saint-siége apostolique n'avait prononcé aucune sentence formelle contre les rentes personnelles, et que des coutumes légitimement établies avaient pu déroger à la bulle de Pie V [9].

Ainsi se trouva légitimé l'usage des rentes constituées. La France entière les pratiqua sans scrupule; les ordonnances de nos rois les reconnurent comme licites et honnêtes. L'État lui-même en constitua plusieurs fois. Charles IX, se trouvant engagé dans de grandes dépenses pour entretenir une armée contre les hérétiques, vendit, par son édit du mois d'octobre 1562, à Guillaume de Marle, alors prévôt des marchands, et aux échevins de la ville de Paris, avec faculté de rachat perpétuel, 100,000 livres de rente, au denier 12, à prendre sur les 16,000,000 livres de la subvention que le clergé lui avait accordée au colloque de Poissy [10].

Déjà François Ier, par son édit du mois de septembre 1522, avait créé 16,666 liv. 13 s. 4 den. de rente, au denier 12, à prendre sur la ferme du bétail à pied fourchu et sur l'impôt du vin. Elles étaient payables par semestre, à l'hôtel de ville, à bureau ouvert. Plus tard, d'autres rentes furent constituées pour les nécessités de l'État [11].

A son tour, le clergé s'était souvent constitué débiteur de rentes perpétuelles, lorsque ayant besoin d'argent pour payer les dons gratuits faits à l'État, il recourait à des emprunts [12].

D'un autre côté, plusieurs provinces, telles que la Bourgogne, la Bretagne, le Languedoc, l'Artois et la Provence, dans leurs nécessités d'argent, avaient contracté l'obligation de payer des rentes, tant pour leur compte particulier que pour celui du roi. Ces rentes offrent une combinaison qui mérite d'être signalée : c'est que le remboursement s'en faisait tous les ans par la voie du sort, sur une loterie tirée à l'assemblée des états [13].

Il y avait aussi les rentes sur le domaine de la ville de Paris [14], les rentes sur les offices des ports de cette ville [15], les rentes sur l'ordre du Saint-Esprit [16], les rentes sur les recettes générales des finances [17].

On voit donc que le contrat de constitution de rente avait fini par conquérir l'assentiment universel.

Le Code civil, plus dégagé de préjugés que l'ancien droit sur la matière de l'intérêt,

---

[1] Pothier, n° 6.
[2] Loyseau (*loc. cit.*), ch. 9, n° 3.
[3] *Bullar. Rom.*, t. 2, p. 275. — *Répert.*, de Merlin, *Rente constit.*, § 1, note.
[4] Babin, *Des contrats*, t. 2, p. 42. — *Dissert. théolog. sur l'usure*, p. 63. — Loyseau, liv. 1, ch. 9, n° 17.
[5] *Dissert. théolog.*, *loc. cit.*
[6] Bulle de Benoît XIV, lib. 7, *De synodo diœces.*, c. 48 (nos 5 et 6), *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 67 et 68.
[7] Labbe, t. 15, p. 981.
[8] *Dissert. théolog.*, *loc. cit.*
[9] *Id.*, p. 68, bulle précitée.
[10] *Jurispr. des rentes*, par de Beaumont, p. 322.
[11] *Id.*, p. 330.
[12] *Id.*, p. 324.
[13] *Id.*, p. 327.
[14] *Id.*, p. 340.
[15] *Id.*
[16] *Id.*, p. 342.
[17] *Id.*

a dû, à plus forte raison, l'admettre. Néanmoins, ce contrat ne saurait être aujourd'hui aussi fréquent entre particuliers que dans l'ancien régime. Le voisinage du prêt à intérêt lui fait tort. Inventé, ou du moins généralement pratiqué, pour remplacer le prêt, il cède en partie la place à ce dernier contrat, désormais réintégré dans ses droits. Moins commode, en effet, et moins rapide dans les rapports de particulier à particulier, il ne supporte que difficilement la comparaison avec un rival justement préféré. Cependant quelques provinces le conservent encore, notamment la Normandie.

Ce n'est que dans les emprunts contractés par l'État que la rente constituée reprend ses avantages et offre au crédit des ressources puissantes. Nulle valeur n'a plus de solidité que les inscriptions de rente sur le grand-livre; car qui pourrait égaler les sûretés d'un État aussi riche que la France, aussi bien administré, aussi profondément pénétré du sentiment de bonne foi qui est l'âme du crédit public? Et comme la spéculation se porte sans cesse sur la rente, précisément à cause des garanties qu'elle présente, comme le marché de la bourse lui imprime un mouvement quotidien qui favorise son essor ou la maintient contre l'entraînement des baisses subites, il n'y a pas de titre de créance qui réunisse au même degré qu'elle l'avantage de la sûreté et celui d'être promptement réalisable.

421. Voyons maintenant de plus près ce qu'est le contrat de constitution de rente.

Il est une sorte de vente; c'est pourquoi les extravagantes communes en ont traité au titre *De emptione et venditione*. La rente est considérée comme un être métaphysique, que le crédirentier achète moyennant un prix qu'il paye au vendeur; ce dernier devient propriétaire incommutable du capital versé; il n'est jamais tenu de le rendre, de même que celui qui vend un fonds de terre devient à jamais propriétaire du prix. Telle est l'idée que tous les jurisconsultes nous donnent de la rente constituée.

De là il résulte qu'il y a dans ce contrat une aliénation perpétuelle du capital; c'est surtout ce point qui le distingue du contrat de prêt. *Et sic*, dit Dumoulin, *talis reditus non est usura, sed vera merx et res empta* [1]. Sans doute, dans le prêt aussi, le capital prêté est aliéné : *Ex meo fit tuum*. Mais cette aliénation est soumise à la condition de rendre dans un certain temps [2]; tandis que dans la rente constituée, l'obligation de rendre n'existe pas [3]. Là est la différence essentielle [4].

422. Il est vrai que le contrat de vente proprement dit est consensuel, tandis que la rente constituée appartient à la classe des contrats réels [5], l'obligation de servir la rente n'étant parfaite que lorsque l'acheteur a payé le prix. Mais rien n'empêche qu'une vente soit faite à cette condition; la nature de la vente n'en est pas viciée [6].

Il est vrai encore que la vente, dans son état normal, est synallagmatique, tandis que le contrat de rente constituée est plutôt unilatéral [7], l'acheteur qui paye son prix ne contractant aucune obligation. Mais toute vente quelconque peut être ramenée à cet état de choses par le payement *comptant du* prix.

Toutefois, l'art. 1909 place la rente constituée dans la catégorie du prêt, et l'article 1912 appelle le crédirentier un prêteur [8]. Il y a, en effet, de grandes analogies entre ces deux contrats. Tous deux ont pour but de rendre l'argent frugifère, et l'on y voit l'une des parties donner de l'argent pour en tirer un revenu [9]; tous deux se rapportent, en ce que les intérêts ne cessent que par le remboursement du capital [10]; et si la rente constituée est une sorte de vente définitive et à perpétuité, pourquoi le prêt à intérêt ne serait-il pas une vente à temps? D'ailleurs l'un et l'autre sont unilatéraux et réels. C'est pourquoi Dumoulin nous apprend que vulgairement on appelait *prêt à intérêt* l'achat d'une rente constituée [11].

Le Code a donc pu s'attacher à ces points de ressemblance, pour assimiler deux combinaisons qu'on ne s'appliquait autrefois à distinguer avec tant de soin que parce que la crainte de l'usure défendait de les confondre. Déjà toutefois, dans l'ancien régime,

[1] *De usuris*, q. 1, n° 21; *supra*, n° 361.
[2] Art. 1899, Code civ.
[3] Art. 1909 : « *Que le prêteur s'interdit d'exiger.* »
[4] Pothier, n° 4. — *Infra*, n° 463. — Duparc-Poullain, t. 3, p. 64, n° 30.
[5] Championnière, *Droits d'enregist.*, t. 2, n° 1297.
[6] Pothier, n° 2.
[7] *Id.*, n° 3. — Duparc-Poullain, t. 3, p. 64, n° 27.
[8] *Infra*, n° 463.
[9] Dumoulin, *Des usures*, n° 84.
[10] Pothier, n° 5.
[11] N° 84.

deux opinions opposées s'efforçaient de les rattacher à des principes communs : les théologiens par susceptibilité contre l'usure [1], les économistes [2] par aversion pour des rigueurs exagérées. Les premiers prenaient comme point de rappel le prêt à intérêt parce qu'il était défendu ; les seconds le contrat de constitution parce qu'il était permis. Puisque le prêt à intérêt est défendu, disaient les uns, pourquoi la rente constituée serait-elle permise ? Comment peut-on faire à perpétuité ce qui est défendu pour un temps ? Puisque la constitution de rente est permise, disaient les autres, pourquoi le prêt à intérêt ne le serait il pas ? Comment ne pourrait-on pas faire à temps ce que l'on fait à perpétuité ?

Le législateur moderne, placé loin de ces débats assoupis, a pu constater avec impartialité des rapports de ressemblance qui n'ont plus rien d'effrayant. On doit même dire qu'en rapprochant le contrat de prêt à intérêt de la rente constituée, il a fait une chose bonne et vraie. Car il a montré par là ce que les anciens jurisconsultes s'obstinaient à ne pas voir, c'est-à-dire le caractère commutatif du prêt à intérêt, dans lequel il y a désormais une chose et un prix avérés [3]. Par là il est clair que le prêt à intérêt a fait un pas marqué vers la vente, et qu'il se rattache désormais à ce contrat par des rapports remarquables. Ce n'est pas la constitution de rente qui a quitté les régions de la vente pour passer dans une autre partie ; c'est le prêt à intérêt qui, méconnu dans l'ancien droit parce qu'il n'était pas gratuit, s'est affranchi du joug de la gratuité qu'on voulait lui faire subir pour s'incorporer dans la classe des contrats intéressés.

Du reste, il ne demeure pas moins certain que, sous le Code civil, comme toujours, des dissemblances notables ne permettent pas de confondre la constitution de rente et le prêt à intérêt dans une seule et même combinaison. Nous verrons plus tard l'utilité pratique de ces nuances [4].

423. Puisque le contrat de constitution de rente est une vente, il s'ensuit qu'il doit y avoir un prix.

Ce prix consiste, d'après l'art. 1909, en un *capital* que l'on appelle quelquefois sort principal, ou seulement principal. Si l'on combine cet article avec l'art. 1905, on voit que ce capital peut consister soit en argent, soit en denrées, ou autres choses mobilières fongibles [5].

Autrefois, on n'était pas d'accord à cet égard. Dumoulin [6], Loyseau [7] considéraient comme usuraires les rentes dont le capital avait été fourni en denrées, marchandises, ou autre espèce quelconque. Pothier pensait, au contraire, que lorsqu'il n'y avait pas de fraude, et que ce capital avait été évalué à sa vraie valeur, la rente devait être respectée [8]. Cette opinion, suivie de préférence au palais [9], est vraie à plus forte raison sous le Code civil.

424. Si le capital fourni est un immeuble dont les fruits doivent servir la rente par une affectation spéciale, on rentre dans le domaine de l'art. 530 du Code civ., la rente est foncière [10]. Sans stipulation et par privilége, elle affecte l'immeuble d'une manière spéciale [11], et il ne faut pas la confondre avec la rente constituée.

Il est vrai que les lois nouvelles [12] ont déclaré rachetables les rentes foncières, lesquelles, dans l'ancien droit, étaient irrachetables, par cette raison qu'elles faisaient partie de la chose, et que nul ne peut être contraint de vendre sa propriété. Il est vrai encore que la loi du 2 brumaire an 7, art. 7, enlève aux rentes foncières la possibilité de servir de siége à l'hypothèque, et que l'art. 537 du Code civ., achevant de les transformer, les a placées dans la classe des meubles [13] et a effacé les principaux traits que les jurisconsultes d'autrefois signalaient dans l'ancienne rente foncière [14]. Néanmoins, ce rapprochement de la rente foncière avec la rente constituée n'autorise pas à les confondre.

En effet, la rente foncière, bien que rangée dans la classe des droits mobiliers, est une

[1] J'ai cité, dans ma Préface, Henri de Gand, théol. du XIIIe siècle.
[2] *Voy.* le *Dialogue entre Bail et Pontas*, et la *Dissert. théolog. sur l'usure*, qui le réfute, p. 56.
[3] *Supra*, n° 327.
[4] *Infra*, n°s 463, 467, 468.
[5] Championnière et Rigaud, *Droits d'enregist.*, t. 2, n°s 1298 et 1299.
[6] Quest. 22.
[7] Liv. 1, ch. 7, n° 9.
[8] N°s 35, 36, 37.
[9] Arrêt du parlement de Paris du mois de mars 1555.
[10] Championnière, *loc. cit.*, n°s 1298 et 1293.
[11] Félix et Henrion, *Rentes foncières*, n° 21.
[12] L. du 18 déc. 1790.
[13] Mon *Comment. du louage*, n° 52.
[14] *Voy.* Championnière, *Droits d'enregist.*, t. 4, n° 3055.

charge annuelle des fruits du fonds qui en est grevé [1], de telle sorte que le légataire de l'usufruit d'un fonds chargé d'une rente foncière est tenu de l'acquitter plutôt que la succession dans laquelle cette rente se trouve [2], à peu près comme l'impôt est dû par le propriétaire de la chose imposée [3]. Ainsi, si la ferme du Coudray doit deux sacs de blé à prendre dans la récolte annuelle, il est évident que c'est au détenteur que le crédirentier s'adressera pour être payé de cette part des fruits. Au contraire, la rente constituée, alors même qu'elle serait garantie par une hypothèque, n'est due que par la personne qui s'est obligée, ou par ses héritiers; le tiers détenteur n'en est tenu qu'hypothécairement, comme tout tiers détenteur ordinaire.

425. Je n'ignore pas cependant que plusieurs jurisconsultes respectables veulent qu'il n'y ait plus aujourd'hui que des rentes constituées [4]. Mais c'est aller trop loin; c'est ne pas tenir compte de différences qui ont survécu aux révolutions qui ont affecté les rentes foncières; c'est outrer les conséquences de la conversion de la propriété en une simple créance, du *dominium* en *obligatio*. La rente foncière peut très-bien avoir été métamorphosée en une simple créance, sans que pour cela les arrérages aient cessé d'être une charge annuelle de la jouissance du fonds grevé. Proudhon a démontré cette vérité par de solides arguments. Aussi le Code civil marque-t-il une différence sensible entre les rentes foncières et les rentes constituées, dans les art. 530, § 3, et 1911, § 2, qui déterminent le délai pendant lequel ces rentes peuvent être stipulées inachetables [5].

426. Mais ne confondons pas avec les rentes foncières, qui mettent une rente en balance avec un fonds de terre, les rentes constituées pour demeurer quitte d'un prix de vente, d'une soulte d'échange ou de partage. Ces rentes n'ont jamais été foncières; elles sont plutôt des rentes constituées.

Par exemple, Jean vend sa maison à Pierre pour la somme de 4,000 francs, à savoir, moitié argent comptant, moitié à rente de 100 fr. que Pierre promet de payer annuellement. C'est là une rente dont le prix est, non pas un fonds, mais 4,000 fr.

De même, Jean échange sa maison contre 20 arpents de terre que Pierre lui cède, avec une somme de 1,000 fr. pour laquelle une rente de 50 fr. par an sera payée à titre de soulte. C'est encore une rente constituée.

Pareillement enfin, si pour soulte de partage le premier lot doit rendre au second la somme de 2,000 fr. pour laquelle il est dit qu'il sera fait une rente au denier 20; une telle rente est aussi une rente constituée [6].

Toutes ces rentes, en effet, quoique mêlées à des ventes, échanges et partages de fonds de terre, ont cependant pour prix des sommes d'argent fixes, déterminées; il importe peu que ces sommes soient des prix de vente ou des soultes qui se réfèrent à des immeubles. Ces immeubles ne sont pas vendus directement pour une rente incorporée, si je puis parler ainsi, à leur revenu; ils sont vendus pour de l'argent, et ce capital en argent est converti en rente. Il ne faut pas se tromper à cette nuance, à laquelle la sagacité des anciens jurisconsultes a su maintenir sa valeur.

427. Les art. 1909 et suivants ne parlent pas d'une autre espèce de rente qui peut être constituée gratuitement par don, legs, testament, et qui n'a pas de prix. Les rentes de cette espèce sont assez ordinairement créées en faveur des hospices, des fabriques, de la cause pie. Très-fréquentes dans l'ancien régime, elles sont loin d'être sans exemple aujourd'hui, de la part de personnes qui veulent faire une fondation de messes et obits, ou procurer des secours aux pauvres.

Ces rentes [7] constituées par don et legs diffèrent des rentes constituées à prix d'argent en ce que celles-ci sont un trafic et commerce d'argent [8], et que celles-là sont de pure bienfaisance. Aussi dans l'ancien droit étaient-elles exemptes des précautions que l'on avait introduites dans la constitu-

[1] Proudhon, *Usufruit*, t. 4, n° 1835.
[2] *Id.*, Fœlix, n° 99.
[3] Proudhon, *loc. cit.*
[4] Toullier, t. 3, n° 21. — Duranton, t. 4, n° 144. — Jourdan, *Themis*, t. 5, p. 321 et suiv. — Zachariæ, t. 3, p. 104 et 105.
[5] *Infra*, n° 488.
[6] Loyseau, liv. 1, ch. 5, n° 17, et ch. 7, n° 3. — Dumoulin, *Des usures*, n° 85. — Ferrières, *sur Paris*, art. 99, novembre, l. n° 3.
[7] *Voy.* Merlin, *Répert.*, v° *Rentes de dons et legs.* — Championnière, *Traité des droits d'enregist.*, t. 2, n° 1328.
[8] Loyseau, liv. 1, ch. 7, n° 2.

tion de rente par crainte de l'usure [1]. Et, par exemple, elles n'étaient pas nécessairement et de leur nature rachetables. Car la faculté de rachat n'avait été établie en faveur du débiteur d'une rente constituée que par crainte de l'usure [2]; de plus, le testateur pouvait astreindre le débiteur à racheter la rente dans un certain temps et pour un prix déterminé, supérieur au taux légal; ce qui était incompatible avec la rente constituée, puisque l'obligation de racheter l'aurait fait dégénérer en prêt.

Aujourd'hui, ces différences sont effacées; d'une part, il ne servirait de rien de créer par don ou legs une rente irrachetable; car toutes les rentes sont rachetables, moins par crainte de l'usure que par respect pour la liberté du débiteur [3]. D'autre part, la rente constituée peut emprunter au contrat de prêt l'obligation de rendre dans un certain temps, et se mettre par conséquent sur la même ligne que la rente par don et legs. Mais suit-il de là qu'on doive appliquer à celle-ci les art. 1912 et 1913 du Code civil? C'est ce dont nous nous occuperons dans le commentaire de ces deux articles [4].

428. Quant aux rentes constituées pour un capital mobilier, elles peuvent être constituées en perpétuel ou en viager. Mais comme la rente viagère se rattache à la matière des contrats aléatoires, le Code ne s'en occupe qu'aux art. 1968 et suiv., auxquels nous renvoyons.

429. Nous avons vu que le contrat de rente constituée moyennant un capital est une vente; nous avons vu que cette vente a un prix, soit en argent, soit en valeurs mobilières.

Ce principe engendre une conséquence frappante et déjà énoncée par nous, à savoir [5] : que le point cardinal dans la rente constituée, c'est l'aliénation perpétuelle du sort principal, et par suite l'inexigibilité du capital ; sans cela elle ne serait pas une rente, mais bien un prêt. Or, cette condition est si grave qu'elle doit être clairement exprimée.

430. Dans l'ancien droit français, tout ce qui avait pour, but de forcer, par des moyens directs ou indirects, le débiteur à rembourser le capital, opérait la nullité radicale du contrat [6]. Nous n'allons pas si loin aujourd'hui, parce que l'obligation de rembourser ne fait que substituer à la constitution de rente un prêt à intérêt désormais permis dans nos mœurs.

431. Quoi qu'il en soit, il suffit que l'inexigibilité de la somme reçue soit essentielle dans le contrat de constitution, pour que l'on doive éviter tout ce qui donnerait à son existence du vague et de l'obscurité. Les tribunaux ont eu plusieurs fois à s'occuper de clauses qui présentaient des doutes sérieux par suite du peu de soin des parties à exprimer leur volonté avec précision [7].

Ainsi, par exemple, un immeuble est vendu moyennant 80,000 fr.; 40,000 fr. sont payés comptant; il est stipulé que, quant aux autres 40,000 fr., l'acheteur pourra s'en libérer *à sa volonté*. Est-ce là une constitution de rente? Oui, sans doute, a dit la cour d'appel de Paris, par arrêt du 16 messidor an 9; car la clause en question emporte aliénation du capital et défense au vendeur de l'exiger. Et le pourvoi contre cette dernière fut rejeté par arrêt de la cour de cassation du 28 vendémiaire an 11 [8]. C'est encore ce que la cour de Paris a jugé le 14 prairial an 13 [9].

Mais la question s'étant représentée plus tard, la même cour a décidé, par arrêt du 3 décembre 1816, que la stipulation n'était pas assez positive pour y voir une aliénation du capital à perpétuité; que le contrat avait tout au plus voulu accorder au débiteur des facilités de payement, mais non pas interdire au créancier le droit d'exiger son prix; que, quinze ans s'étant écoulés depuis le contrat,

[1] Loyseau, liv. 1. ch. 7, n° 2.

[2] *Id.*, ch. 6, n° 10. — Liv. 1, ch. 7, n° 2.

[3] Les art. 530 et 1911, qui parlent du rachat des rentes, ne sont relatifs qu'à des rentes à titre onéreux. Ils ne s'appliquent aux rentes de dons et legs que par analogie. Mais l'art. 872 du Code civil est plus topique et les embrasse dans sa généralité.

[4] *Infra*, n° 486.

[5] *Supra*, n° 421.

[6] Duparc-Poullain, t. 3, p 64 et 65, n° 30. — Loyseau, liv. 1, ch. 6, n° 10. — Pothier, n° 43.

[7] On doit considérer comme une constitution de rente, l'acte portant que, pour un capital reçu, le débiteur s'engage à payer les intérêts annuellement, jusqu'au remboursement dont l'époque n'est pas fixée, mais avec constitution d'hypothèque; parce que dans le doute le contrat s'interprète en faveur du débiteur. (Liége, 27 nov. 1809 : *Rec. de Liége*, p. 129.)

[8] Devill., 1, 1, 707.

[9] *Id.*, 2, 2, 38. — *Voy.* dans le *Traité des droits d'enregist.* de Championnière, une décision conforme de la régie, dans une espèce bonne à consulter (t. 2, n° 1303).

le vœu des parties avait été largement satisfait.

Et comme de telles décisions roulent toujours sur l'interprétation de la volonté des parties, le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la cour de cassation, le 24 mars 1810 [1].

C'est également ce qu'a jugé la cour royale de Nancy par un arrêt inédit du 24 mai 1819, dans une espèce qui se rapproche beaucoup de la précédente [2] :

« Considérant que, par contrat d'échange reçu de Mᵉ Morel, notaire à Ligny, le 10 frimaire an 11, Jean Maujean, propriétaire et maire de Salmagne, s'est trouvé créancier de Hilaire Prévôt et de sa femme d'une somme de 1,400 fr. pour soulte et mieux value, de laquelle somme, est-il dit dans le contrat, s'obligent solidairement l'un pour l'autre de lui payer les intérêts à 5 pour % par an, sans retenue d'impôts, à commencer de ce jour et à continuer d'année à autre jusqu'au remboursement, *qu'ils feront à leur volonté et commodité.*

» Par acte sous seing privé du 3 mai dernier, dûment enregistré, Maujean a fait cession et transport à l'appelant dudit capital de 1,400 fr., plus de deux années de rente échues le 1ᵉʳ décembre précédent, et de l'année courante, moyennant pareille somme en principal, ensemble le montant des deux années de rente échues et de ce qui avait couru de la présente. Ce transport a été notifié aux débiteurs le 18 mai.

» Le 1ᵉʳ juin suivant, il a été fait commandement aux débiteurs de payer les intérêts dus et échus, même le capital de 1,400 fr., à défaut d'avoir payé les intérêts depuis plus de deux ans, conformément à l'art. 1912 du Code civil.

» Le 18 septembre suivant, il a été fait un nouveau commandement à mêmes fins, avec procès-verbal de carence.

» Le 21 dudit mois, les intimés ont formé opposition à ce commandement, en donnant pour motifs que, le 14 juillet précédent, ils avaient payé à Sarteur les intérêts échus le 1ᵉʳ décembre 1817, et que, dans aucun cas, le principal ne deviendrait exigible pour défaut de prestation des intérêts pendant plus de deux ans. Ils ont été assignés en débouté d'opposition le 12 octobre suivant.

» Pendant le cours de l'instance, et par exploit du 1ᵉʳ décembre 1818, il a été fait, au domicile de l'appelant, à requête des intimés, des offres réelles d'une année d'intérêts échue de nouveau le même jour, avec sommation de les recevoir et d'en donner quittance, comme aussi de donner quittance d'une somme de 140 fr. qu'il aurait reçue pour deux années d'intérêts du même capital échues le 1ᵉʳ décembre 1817. La réponse de l'appelant, contenue en cet exploit, est qu'il refusait d'accepter la somme offerte, par le motif que le capital doit être remboursé à défaut de plus de deux années d'intérêts en retard ; que, quant aux deux années d'intérêts échues en 1817, il ne les a pas reçues, mais que seulement les débiteurs ont laissé ladite somme de 140 fr. en une fois, le 14 juillet dernier, chez lui, Sarteur, malgré lui ; que conséquemment elle n'est restée que comme dépôt.

» Considérant que la convention du 10 frimaire an 11 ne peut être réputée un acte de constitution de rente, ne présentant aucun des caractères qui distinguent essentiellement ce genre de contrats, savoir : d'une part, la propriété de la rente constituée, et, de l'autre, l'aliénation de la somme principale qui a formé le prix de son acquisition ;

» Que, dans la stipulation de laisser entre les mains d'un acquéreur ou échangiste la somme convenue pour soulte d'échange, à charge de l'intérêt annuel au denier 20, *jusqu'au remboursement qu'il lui sera libre d'en faire à sa commodité et par fractions*, on ne peut voir que la concession d'un crédit illimité à la charge de l'intérêt ; ou, si l'on veut, un contrat accessoire à l'acte d'échange, par lequel le prix stipulé au premier acte est supposé, *per fictionem brevis manus*, avoir été immédiatement acquitté, et de suite remis au débiteur, à la charge de le rembourser dans un délai quelconque et d'en payer jusque-là l'intérêt, ce qui constitue un véritable contrat de prêt ;

» Que la faculté de rembourser par fractions et suivant la commodité de l'emprunteur, n'est qu'une facilité qui lui est accordée pour opérer sa libération, mais qui, loin de prouver l'aliénation du capital que le prêteur *ne s'est point interdit d'exiger*, jus-

---

[1] Devill., 3, 1, 434. — Championnière, t. 2, nº 1302, approuve cette décision.

[2] Le Bouteiller, premier président. — Plaidants, Moreau et Fabvier, avocats.

tifie, au contraire, que le capital reste dû, puisqu'on en autorise l'amortissement graduel et par parties; ce qui précisément est en opposition au caractère distinctif du contrat de constitution de rente, dans lequel aucun capital ne reste dû par le vendeur de la rente constituée;

» Que l'omission d'un terme fixe pour le remboursement du capital, ou même la stipulation de le laisser à la commodité de l'emprunteur, ne peuvent être un obstacle à son exigibilité, parce qu'il impliquerait contradiction qu'une dette fût fondée en titre et reconnue, sans être jamais exigible; qu'aussi, dans l'un et l'autre de ces cas, les art. 1900 et 1901 du Code civ. déclarent le capital exigible, sauf les délais qu'il est laissé à la discrétion des juges d'accorder suivant les circonstances;

» Que la demande en remboursement est donc fondée, et que la concession d'un délai qui en écarte toute voie de rigueur rentre dans l'esprit et dans l'intention de la convention originaire;

» Par ces motifs, la cour a mis l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, sans s'arrêter aux exceptions de la partie de Fabvier, déclare le capital de 1,400 fr., dont il s'est reconnu débiteur par le contrat d'échange du 10 frimaire an 11, exigible, et néanmoins, ayant aucunement égard à l'opposition formée par ladite partie de Fabvier au commandement à elle fait le 1er juin 1818, a sursis à toutes poursuites pendant un an, à compter de la signification du présent arrêt, à charge de payement des intérêts échus et à échoir, et sauf à la partie de Fabvier à user, pendant ce délai, de la faculté à elle réservée par le contrat susdit d'entrer en payement par sommes partielles et successives, après lequel délai révolu, et à défaut de payement intégral, les poursuites pourront être reprises et continuées sans qu'il soit besoin d'autre jugement; condamne la partie de Fabvier aux dépens de cause principale et d'appel; ordonne la restitution de l'amende. »

Je l'ai souvent dit, la critique de l'écrivain ne peut que difficilement s'exercer sur de telles décisions, dont les espèces renferment des nuances de fait et d'intention fort délicates et presque toujours imparfaitement connues des arrêtistes. Ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de conseiller aux parties de dicter leur volonté avec clarté, sans quoi elles s'abandonnent au vague de l'interprétation.

J'ajouterai cependant qu'en thèse, j'aime mieux le second système que le premier; il est plus conforme au droit commun.

Je pense même que, dans certains cas, l'interprétation raisonnable de la volonté des parties pourrait conduire à une solution qui s'écarterait et du premier sens et du second.

Sans doute, pourrait-on dire en effet, la clause en question n'est pas nécessairement une constitution de rente, parce que la rente constituée est en principe perpétuellement inexigible, et que, dans l'espèce, si le créancier s'est interdit d'exiger son remboursement du débiteur à la volonté duquel il s'en est rapporté, il ne s'est pas imposé la même loi à l'égard de ses héritiers, dont l'arbitraire ne saurait prendre la place de celui de leur auteur.

D'un autre côté, la clause en question n'est pas non plus celle qui est prévue par l'art. 1901 du Code civ., et à laquelle on veut à tort l'assimiler d'une manière absolue [1]. Autre chose est de dire : *Vous me rendrez quand vous pourrez*, — ou : *Vous me rendrez quand vous voudrez*. Dans le premier cas, le débiteur ne peut pas s'empêcher de rendre quand il le peut; pour lui, pouvoir, c'est vouloir, et c'est au juge à voir s'il en a réellement la possibilité. Tel est le cas de l'art. 1901. Mais, dans le second cas, peu importe qu'il puisse, s'il ne le veut pas; sa volonté n'a-t-elle pas été constituée maîtresse de l'époque du payement? ne peut-on pas dire que le créancier a voulu subordonner entièrement à son libre arbitre le remboursement? Ceci posé, il en résulte que ce n'est que lorsqu'il a cessé de vivre que, l'obstacle résultant de cette volonté cessant, le créancier peut librement agir contre les héritiers [2]. C'est la remarque d'Huberus, qui, appréciant au point de vue théorique et d'après les lumières de la raison la force des stipulations *si voluero, cum voluero* [3], dont les Romains avaient donné des interprétations subtiles, décide que la clause *quand vous voudrez*, portée dans un contrat,

[1] *Pasicrisie.*
[2] L. 46, Dig., *de verbor. oblig.*
[3] L. 46, §§ 2 et 3, Dig., *de verb. oblig.*

donne action au créancier après la mort du débiteur : « *Tunc enim post mortem debitoris* » *omnino datur actio* [1]. »

Au surplus, je le répète, c'est l'intention des parties qu'il faut consulter : elle est souveraine.

432. Bien que le caractère de la rente constituée soit d'avoir un capital inexigible, néanmoins nous verrons par les art. 1912 et 1913 que, lorsque le débiteur manque à ses engagements, il peut être contraint au rachat.

433. Je disais tout à l'heure que si le débiteur était tenu de racheter dans un délai déterminé, le contrat deviendrait un prêt [2]. Championnière nous apprend cependant que la régie de l'enregistrement pense que la rente temporaire doit être assimilée pour la perception à la rente viagère [3]. Mais nous pensons avec lui que cette manière de voir manque d'exactitude, et que la rente temporaire n'est qu'un véritable prêt.

434. Si, d'une part, le capital de la rente est toujours inexigible, de l'autre, il doit toujours être au pouvoir du débiteur de le rembourser. Il faut qu'il puisse se libérer *toutes fois et quantes*, pour me servir du vieux style, en rendant au créancier le prix qu'il en a reçu. C'est une faculté de rachat inhérente à la vente d'une rente constituée, faculté qui existe de droit et sans stipulation [4], et qui, comme le dit Coquille, est de l'essence de ce contrat [5].

Il paraît que, dans le très-ancien droit français, les rentes constituées n'étaient pas rachetables. Cet usage était contraire au droit pratiqué dans l'Allemagne et dont l'existence est attestée par les requêtes adressées aux papes Martin V et Calixte III [6]. Mais, par sa bulle de 1570, Pie V ordonna qu'à l'avenir les rentes constituées pourraient toujours être rachetées, et l'ancien droit changea en France à la réformation des coutumes [7]. Loysel fit de la faculté perpétuelle de rachat des rentes une des règles de ses Instituts coutumiers [8] : elle était d'ordre public [9]. Ce droit du créancier s'appela droit de rachat ou droit de franchissement [10]. En Normandie et en Bretagne, on dit encore aujourd'hui : *franchir la rente*, c'est-à-dire la racheter.

435. Cette faculté de rachat n'est limitée de droit par aucun temps ; elle ne tombe jamais en péremption [11].

436. Car, remarquons-le, c'est une pure faculté. Le débiteur ne peut pas être contraint au rachat ; le rachat n'est pas pour lui *in obligatione*. Son obligation est de payer les arrérages. Le rachat n'est qu'*in facultate luitionis* [12].

437. Dans l'ancien droit français, cette faculté de rachat était placée si haut, que l'on regardait comme nulles toutes les clauses qui tendaient à la gêner en quelque façon que ce fût [13]. Ainsi, Pothier repoussait les conventions par lesquelles on aurait stipulé que le débiteur ne pourrait racheter la rente qu'en indiquant au créancier un autre bon emploi des deniers du rachat, ou bien qu'après avoir averti le créancier six mois auparavant, afin que ce dernier eût le temps de trouver une collocation. Pothier critique un arrêt du parlement de Grenoble, rapporté par Basset, qui avait pensé que cette dernière clause devait produire effet [14].

Aujourd'hui, nous sommes moins rigoureux. L'art. 1911 autorise formellement cette stipulation que le parlement de Grenoble avait approuvée, au grand regret de Pothier.

Et non-seulement le contrat peut porter la clause que le remboursement ne pourra se faire qu'autant que le créancier a été averti d'avance, mais on peut aller jusqu'à convenir que le débiteur ne pourra pas rembourser avant dix ans.

438. Mais au delà de dix ans il n'est plus permis d'enchaîner la liberté du débiteur. Toute condition qui tendrait à empêcher le remboursement pendant plus de dix ans

---

[1] Instit., *de inut. stipul.*, nº 11, *in fine*.
[2] *Supra*, nᵒˢ 429 et 430.
[3] T. 2, nº 1310.
[4] Pothier, nº 51.
[5] *Sur Nivern.*, tit. 7, art. 9.
[6] *Voy.* extrav. com. *De empt. vend.*
[7] Ferrières, *sur Paris*, d'après Delaurière, art. 119, nº 1.
[8] Liv. 4, tit. 1, art. 7. — Delaurière, sur cet article. — Voici les coutumes qui ont traité de ce droit de rachat : Auvergne, ch. 17, art. 11 ; Vitry, art. 131 ; Berry, tit. 12, art. 11 ; Bourbonnais, art. 418 ; Bourgogne, ch. 3, art. 2 ; Bretagne, 287 ; Calais, 211 ; Châlons, 121 ; Marche, ch. 13, art. 94 ; Nivernais, ch. 7, art. 9 ; Normandie, art. 516 ; Orléans, 268 ; Péronne, 216.
[9] Ferrières, *loc. cit.*
[10] Duparc-Poullain, t. 3, p. 73, nᵒˢ 43 et 45.
[11] Pothier, nº 51.
[12] *Id.*, nº 110.
[13] Loyseau, liv. 1, ch. 7, nº 10.
[14] Nº 52.

serait réduite à ce maximum invariablement donné par la loi [1]. (Arg. de l'art. 1660 du Code civil.)

Ni la faveur du prêteur qui, par exemple, pendant sa minorité aurait besoin d'une collocation stable, ni des raisons de convenance puisées dans un autre ordre de circonstances, ne pourraient faire fléchir cette règle. C'est assez d'avoir gêné pendant dix ans la liberté du débiteur

439. Il n'en est pas tout à fait de même de la rente foncière, où, par la disposition expresse de l'art. 530 du Code civ., on peut interdire au débiteur de rembourser avant trente ans.

440. Que devrait-on décider si la convention portait que la rente ne serait rachetable en aucun temps?

D'après Pothier, il n'en fallait pas davantage pour annuler le contrat. Si le débiteur, placé sous l'empire de cette condition, avait payé des arrérages, il pouvait les imputer sur le capital ; rien de sérieux n'était censé avoir été fait entre lui et son créancier [2].

Pothier voulait qu'on ne laissât subsister le contrat, tout en le modifiant, qu'autant que la liberté de rembourser était gênée ; mais si elle était supprimée entièrement, il le déclarait nul, supposant qu'il cachait un prêt à intérêt, et que l'usure y avait dressé ses piéges.

Nous n'admettons plus aujourd'hui cette rigueur excessive [3]. Il n'y aurait de nul que la clause, et le débiteur aurait de plein droit la liberté de franchir la rente après dix ans. L'art. 530 du Code civ. offre pour le décider ainsi un argument d'analogie irrécusable.

441. Quoique la faculté de rachat soit perpétuelle et imprescriptible, néanmoins s'il a été convenu qu'il serait permis au débiteur de rembourser la rente en deux ou trois payements [4], cette convention est prescriptible par trente ans, à l'expiration desquels la faculté de racheter la rente en un seul payement demeure perpétuelle et imprescription [5].

La raison en est que la faculté de racheter en plusieurs payements n'est pas essentielle, et qu'elle procède d'une convention qui ne saurait avoir plus de durée que toutes les autres obligations et actions qui procèdent des contrats.

442. Ici se présente une question de haute importance et plusieurs fois soulevée de nos jours ; elle consiste à savoir si l'État a le droit imprescriptible acquis aux particuliers de racheter les rentes inscrites au grand-livre et dont il est débiteur.

Pour enlever à l'État le bénéfice du droit commun, des raisons sérieuses ne seraient pas suffisantes ; il faudrait de plus, ou le texte d'une loi spéciale, ou une convention expresse.

Voyons si les adversaires du droit de l'État ont l'avantage de ces moyens. Leur système a été habilement soutenu à la chambre des pairs par Mérilhou, et je ne puis mieux faire que de puiser dans les deux discours de cet orateur les raisons les plus solides de l'opinion dont il a été le défenseur.

Voici donc son argumentation [6] :

La loi du 24 août 1793 a signalé le commencement d'une ère nouvelle dans l'histoire du crédit public ; elle a réuni en une seule dette toutes les dettes que les lois précédentes avaient déclarées dettes de l'État ; elle a fondé le grand-livre. Effaçant toutes les lois antérieures relatives à telle ou telle portion de la dette publique, elle a constitué un titre nouveau pour les créanciers de l'État. L'art. 6 dispose que le grand-livre sera *le titre unique et fondamental de tous les créanciers de l'État*. Il n'y a plus eu que des porteurs d'inscriptions sur le grand-livre jouissant d'une rente perpétuelle et annuelle, sans distinction de l'origine de leurs divers titres de créances.

Or, dans la pensée de cette loi, qui est la véritable, la seule loi de la matière, on n'entendait ni donner au débiteur le droit d'exiger son remboursement, ni attribuer à l'État le droit de l'imposer.

Pour que cette faculté de remboursement fût censée avoir été réservée à l'État, il faudrait que les inscriptions sur le grand-livre eussent contenu l'énonciation du capital remboursable. Eh bien, contrairement à tous les usages de l'ancienne monarchie, dont

[1] Zachariæ, t. 3, § 398. — Duranton, t. 17, n° 64.

[2] N° 51. — Cependant Duparc-Poullain n'était pas de cet avis ; il pensait que la clause était viciée, mais qu'elle ne viciait pas : *Vitiantur, non vitiant*. (P. 73, n° 43). — Loyseau aussi, *loc. cit.*

[3] Merlin, *Répert.*, v° *Rente constituée*, § 2, n° 2.

[4] L. 41, § Lucius Titius, Dig , *de usuris*.

[5] Louet, lettre R, n° 10. — Ferrières, *sur Paris*, art. 819, n° 4. — Coquille, quest. 68 et 260.

[6] Discours prononcés aux séances des 20 et 21 juin 1838.

les emprunts étaient faits avec fixation d'un capital déterminé, le législateur n'a fait et n'a pas voulu faire cette détermination. Le rapport de Cambon énonce formellement que c'est à dessein qu'on n'a pas fait mention du capital. D'ailleurs l'art. 2, en disant d'une manière précise qu'on n'inscrira que la rente, exclut nécessairement par là la prise en considération d'un capital quelconque. Aussi, les premières inscriptions de rentes délivrées aux rentiers, sous l'empire de la loi de 1793, ne portent-elles aucune énonciation de capital! C'est ce dont la commission de la chambre des pairs s'est convaincue par l'inspection de plusieurs de ces inscriptions. Cette rédaction a duré pendant de longues années, sous l'empire, et même dans les premières années de la restauration. Elle n'a été changée par le ministère des finances qu'à une époque où l'on commençait à perdre de vue les principes organiques du grand-livre, tels que la loi de 1793 les a posés, pour se laisser aller à des conceptions nouvelles sur le remboursement. Mais la loi de 1793 doit subsister avec ses idées constitutives, fondamentales, avec son système bien calculé de créer une rente sans capital. Or, s'il n'existe pas de capital convenu, comment serait-il possible que l'État pût forcer un rentier à en recevoir un? La base de la loi est donc l'irrédimibilité de la rente, conséquence nécessaire de l'absence de capital.

D'un autre côté, l'idée de la perpétuité de la rente se reproduit à chaque ligne de la loi de 1793. La perpétuité est incompatible avec la pensée d'un remboursement forcé.

On voit même que le législateur assimile la rente sur l'État à une rente foncière; car il la soumet à la contribution foncière, par l'art. 3. N'est-ce pas exclure l'idée de son extinction possible dans un temps ultérieur?

L'extinction en masse par voie de remboursement était si éloignée des combinaisons de la loi de 1793, qu'on ne soumet même pas la rente à l'extinction partielle par voie d'amortissement. Cependant l'amortissement n'était pas une chose nouvelle. Un ministre des finances, de Machault, en avait fait l'essai sous le règne de Louis XV.

Ainsi, point d'extinction successive et graduelle par l'amortissement; point d'extinction en bloc par le remboursement forcé : la perpétuité est le caractère dominant de la dette reconstituée par la loi de 1793.

Un seul cas d'extinction est prévu et admis; c'est celui où les porteurs d'inscriptions, ayant acheté des domaines nationaux, voudront se libérer en offrant en payement à l'État leurs inscriptions. A cet effet, et pour ce seul cas, l'art. 195 assigne à la rente un capital fictif, variable, suivant les époques. Tantôt l'évaluation se fera au denier 20; tantôt, et un peu plus tard, au denier 18; tantôt, et un peu plus tard encore, au denier 16.

Les partisans du remboursement opposent les art. 44, 185, 186, 187, 189, 192 de la loi de 1793. Ils insistent surtout sur ce que, d'après ces articles, le législateur autorise les créanciers des rentiers à faire des oppositions sur le remboursement. L'opposition au remboursement, disent-ils, ne serait-elle pas un non-sens, si l'État ne se réservait pas la faculté de rembourser?

Mais la réponse à cette objection se trouve dans le rapport de Cambon, si souvent cité, et tour à tour invoqué par les opinions les plus contraires.

« En ne faisant pas mention du capital, la » nation aura toujours dans sa main le taux » du crédit public, *un débiteur en rente perpétuelle ayant toujours le droit de se libérer*. » Si une inscription de 50 livres ne se vendait sur la place que 800 livres, la nation » pourrait offrir le remboursement de 50 » livres d'inscription sur le grand-livre sur » le pied du denier 18, ou moyennant 900 » livres. Dès ce moment, le crédit public » monterait au-dessus de ce cours, et la nation gagnerait, sans injustice, en se libérant, un dixième du capital, *puisque le créancier serait le maître de garder sa rente ou de recevoir son remboursement*; au lieu » que si l'on inscrivait le capital, cette opération serait impossible, ou aurait l'air » d'une banqueroute partielle. »

On le voit, qu'est-ce que ce remboursement dont parle Cambon? Est-ce le remboursement facultatif pour l'État et obligatoire pour le rentier? Nullement. C'est un remboursement conventionnel entre les deux parties, que l'État peut offrir, mais que le créancier peut aussi refuser, un remboursement à prix débattu, et non pas à un taux arbitrairement fixé par l'État.

Voilà quel est le remboursement sur lequel l'art. 44 permet de former opposition. Mais le remboursement autorisé par le droit civil entre particuliers est tout autre chose, et celui-là, la loi de 1793 ne l'admet pas.

Il ne faut donc pas invoquer ici l'opinion des anciens jurisconsultes et les règles ordinaires du droit privé. La loi de 1793 a établi pour les rentes dues par l'État des règles nouvelles, spéciales, inconnues de Pothier, qu'on cite mal à propos.

C'est dans cet état qu'on arrive à la loi tristement célèbre du 9 vendémiaire an 6. Le coup d'État du 18 fructidor en avait été la préface. La banqueroute en fut la conséquence. Dans son titre 14, elle dispose que les deux tiers de la rente seront remboursés en bons au porteur, c'est-à-dire en valeur frappée du discrédit le plus complet.

Cette loi est la seule où l'État ait formulé nettement la prétention de rembourser les rentiers malgré eux. Elle fixe dans l'article 100 un capital au dernier 20 [1]. Mais l'histoire la flétrit comme un manquement à la foi publique.

Restait cependant pour les rentiers le tiers de leur rente. Quant à ce lambeau, échappé à la violence d'un remboursement illusoire, on n'osa pas porter l'impudence jusqu'à le tenir sous le coup menaçant d'un nouveau remboursement. On chercha à l'environner des plus grandes faveurs. On le dispensa de la contribution établie par la loi de 1793, on le déclara exempt de toute retenue présente ou future.

Mais si l'on quitte ces temps funestes, où les coups d'État mutilaient la dette publique comme ils mutilaient la représentation nationale, si l'on arrive au consulat et à la loi du 21 floréal an 10, on ne peut méconnaître que la volonté qui dominait ces jours de création et de gloire fut de faire de la rente sur l'État une propriété perpétuelle, à l'abri des remboursements, des retenues, des réductions.

Crétet, orateur du gouvernement, s'exprime ainsi dans son exposé des motifs :

« La dette *perpétuelle* se compose de la » fortune du créancier et de celle de sa pos» térité ; elle admet l'emploi de deniers do» taux et pupillaires, de ceux des établisse» ments publics et des communes, caractère » qui la place très-spécialement dans l'ordre » des choses les plus à surveiller par la loi » et par le gouvernement.

» Cette dette n'étant pas remboursable, » elle serait une richesse inactive, si les » créanciers ne pouvaient la transmettre » qu'avec un désavantage constant ; autre » circonstance qui commande à la loi d'en » protéger la valeur vénale. »

Le rapport du tribun Costaz au tribunat renferme les mêmes idées

Elles ressortent de tout l'ensemble de la loi, de tout le système du crédit auquel on s'arrêtait enfin, et qui était destiné à substituer un plan régulier de finances aux moyens violents, aux créations de valeurs éphémères, à l'agiotage.

On avait compris qu'il faut une dette publique à un grand État, et qu'au lieu de s'épuiser en vains efforts pour l'éteindre, il valait mieux faire de la dette elle-même un moyen d'ordre et de stabilité, et se servir de sa constitution régulière et permanente pour lier les créanciers de l'État à la paix publique, aussi fortement que les possesseurs du sol.

En conséquence, le maximum de la dette perpétuelle fut fixé par l'art. 9 de la loi de floréal an 10 à 50 millions, c'est-à-dire au dixième du budget d'alors, qui était de 500 millions. Tout ce qui excédait ces 50 millions fut soumis à l'amortissement, qui, doté d'un fonds suffisant, devait en quinze ans au plus tard absorber cet excédant.

D'après cette combinaison, il est clair qu'on ne pouvait avoir l'idée d'éteindre par la voie de remboursement forcé ce qui dépassait les 50 millions. A quoi bon un remboursement par masse, quand le remboursement est convenu par quinzième d'année en année?

Quant aux 50 millions, qui devaient rester comme la dette normale de l'État, on était si loin de vouloir en décharger le trésor dans un temps quelconque, qu'on ne permit même pas à l'amortissement d'opérer de ce côté.

Et comment supposer que la loi aurait sous-entendu la possibilité d'un remboursement forcé, lorsqu'on voit l'État attirer vers la dette perpétuelle les intérêts qui présentent au plus haut degré le caractère de l'immutabilité, la dotation du sénat, de la Légion d'honneur, de l'Université, les fondations ayant pour objet l'entretien des ministres et l'exercice du culte catholique [2]; les dotations des majorats, les ressources des communes, des hôpitaux, etc., etc... ; lorsqu'on le voit substituer à la propriété du sol

[1] *Junge* la loi du 13 nivôse an 6

[2] Art. 78 du concordat de germinal an 10.

la propriété des inscriptions sur le grand-livre, afin d'assurer les services publics, l'enseignement de la jeunesse, la splendeur du culte, les ressources de la charité publique? N'est-ce pas qu'aux yeux du législateur de cette époque, la rente devait avoir la fixité de la terre elle-même, et rester à l'abri d'un rachat de nature à ébranler tant de positions respectables?

Sous la restauration, la dette publique s'est accrue; le fonds d'amortissement a été augmenté et son mode d'action changé. Mais les rapports de l'État avec les rentiers sont restés ce qu'ils étaient avant 1814.

Serait-ce la loi du 1[er] mai 1825 qui les aurait modifiés? Elle ne contient rien de relatif au remboursement forcé. L'art. 4, en autorisant l'État à offrir au rentier une réduction que le rentier aura droit de refuser, reconnaît même par là qu'il n'a pas le droit de remboursement forcé; c'est le principe du rapport de Cambon mis en vigueur. C'est la condamnation du remboursement obligatoire, proposé en 1824 par de Villèle, adopté par la chambre des députés et rejeté par la chambre des pairs aux acclamations du pays.

Il est vrai que l'art. 4 garantit la rente 4 1/2 p. % de tout remboursement pendant dix ans. Mais il ne résulte de là rien autre chose, sinon que la question du remboursement est tranchée pour les rentes à venir; mais la question reste entière pour les rentes antérieures.

La loi du 10 juin 1833 n'est pas plus concluante. En disant (art. 6) que *le remboursement n'aura lieu qu'en vertu d'une loi*, elle laisse aux trois pouvoirs le droit d'examiner le remboursement en lui-même, soit sous le rapport de la légalité de son principe soit sous le rapport de l'opportunité. Elle ne tranche rien, elle ne décide rien, tout est réservé.

On a invoqué l'exemple des diverses nations de l'Europe [1]. Mais, avant tout, il faudrait établir l'identité des principes constitutifs de la dette publique dans ces pays et parmi nous.

Enfin, qu'on y prenne garde, les rentiers ont toujours vécu dans la certitude d'être à l'abri de toutes ces variations dans leurs revenus. La tentative avortée de 1824 les a confirmés dans cette idée. Il est de la sagesse de l'État de la respecter.

Est ce à dire que l'État ne pourra jamais se libérer? Non. La loi l'autorise à éteindre le capital de la dette par l'amortissement. Mais il ne peut pas l'éteindre, comme le fait un particulier, par le remboursement forcé. La loi civile n'est pas faite pour lui; il ne peut pas l'invoquer contre le crédirentier, lorsque celui-ci est dans l'impuissance de réclamer contre lui les garanties et les moyens de contrainte du droit commun, la saisie immobilière, la saisie-exécution, la saisie-arrêt, et le bénéfice des art. 1912 et 1913 du Code civil. Car qui oserait dire que le créancier pourra, conformément au droit privé consacré par ces articles, exiger de l'État le rachat de la rente, alors que celui-ci manquera à ses engagements?

Telles sont les principales raisons de droit que Mérilhou faisait valoir devant la chambre des pairs. On sait que cette chambre rejeta le projet de loi présenté par le gouvernement pour opérer le remboursement de la rente 5 p. %. Mais ce fut plutôt la question d'opportunité que la question de droit qui la détermina. Il est même à remarquer que la commission de la chambre des pairs, tout en concluant au rejet, s'était abstenue de soulever la controverse relative au droit de l'État. Elle fit bien, à mon avis; un projet de remboursement, et par suite un projet de conversion, subiront toujours l'empire variable des circonstances, et c'est seulement du côté de l'opportunité que leurs adversaires trouveront des armes offensives. Mais ils feront sagement de n'en pas aller chercher dans le domaine de la légalité : ils y échoueraient.

Les dernières raisons de Mérilhou, celles qu'il appuyait sur le défaut d'égalité et de réciprocité entre l'État et ses créanciers, ne me semblent pas les plus solides de son argumentation. Dans l'ancien régime, l'État n'était pas plus facile qu'aujourd'hui à se laisser atteindre par les moyens de contrainte de droit commun et par les demandes de rachat à titre de peine; et cependant les rentes dont il se constituait débiteur renfermaient toute la réserve de rachat volontaire, indispensable pour caractériser une rente constituée. On peut consulter les édits de création qui remontent à François I[er]; ils portent la clause suivante : « Sans que les » acquéreurs puissent en être dépossédés, » sinon en les remboursant des sommes portées par les contrats et des arrérages qui » en seront dus alors. » D'ailleurs, on sait

[1] D'Argout.

de reste, par ce que nous avons dit ci-dessus aux nos 434 et suiv., que cette clause était à peine nécessaire; la libre faculté de rachat étaut inhéreute à toute rente constituée, et se rattachant, comme dit Ferrières, à des priucipes de droit public. En un mot, quelles que fussent les différences qui distinguaient l'État d'un débiteur ordinaire, il n'est pas moins certain que les rentes dues par lui et dites *sur l'hôtel de ville* étaient entièrement régies pour le fonds et le capital par la coutume de Paris [1], de même que les rentes entre particuliers. Pourquoi donc aujourd'hui mettrait-on les rentes sur l'État en dehors du droit commun? pourquoi le Code civil serait-il moins privilégié et moins puissant que la coutume de Paris?

Il ne faut pas non plus attacher une grande importance à la qualité de *rentes perpétuelles*, que les inscriptions sur le grand-livre portent, dans plusieurs textes passés en revue par Mérilhou. Une rente constituée, quoique soumise à la faculté de rachat, n'en est pas moins perpétuelle. On lui a donné ce nom pour la distinguer de la rente viagère, et non pas pour exprimer l'idée qu'elle ne sera pas susceptible d'extinction par le rachat. L'exemple de l'ancien régime répond encore à cette objection de Mérilhou. Les rentes sur l'hôtel de ville étaient de deux sortes : perpétuelles et viagères; et celles qu'on appelait perpétuelles étaient précisément celles qui avaient été créées avec faculté expresse de rachat, sur le pied de rentes constituées [2].

Je ne suis pas non plus frappé de l'assimilation que le législateur de 1793 a faite entre les inscriptions de rentes sur le grand-livre et les rentes foncières ou les immeubles, et je m'abstiens d'en tirer aucune conclusion menaçante pour la faculté de rachat. Qui ne sait, en effet, que, d'après le droit commun du royaume, et particulièrement d'après la coutume de Paris, les rentes constituées étaient immeubles [3]? Est-ce à dire que les débiteurs ne pouvaient s'en racheter? Nullement. Car la coutume de Paris prend soin de dire elle-même que « les rentes constituées à prix d'argent sont » immeubles *jusqu'à ce qu'elles soient rachetées*. »

J'ajoute, en ce qui concerne les rentes sur l'hôtel de ville, où j'aime à aller prendre des points de comparaison, que ces rentes étaient réputées immeubles fictifs qui se pouvaient vendre, aliéner, hypothéquer comme de vrais immeubles et fonds de terre [4]. Cependant la faculté de rachat pouvait les éteindre, tant d'après le droit commun que par les réserves surabondantes des édits.

Comment pourrait-on penser d'ailleurs qu'il y a une sorte d'incompatibilité native entre ce droit de l'État et la fixité qui est l'apanage de la propriété immobilière ou réputée telle? Qu'est-ce que le remboursement du capital de la rente, sinon un rachat, un réméré [5]? Or, les ventes d'immeubles ne se font-elles pas tous les jours avec faculté de rachat?

Ceci écarté, examinons ce qu'il y a de vrai dans l'argument qu'on tire du silence de la loi de 1793, tant sur le remboursement en masse, que sur le remboursement par voie d'amortissement.

Quant à l'amortissement, j'avoue, bien qu'il soit aujourd'hui de mode d'accorder à la convention nationale tous les mérites réunis, que je n'ai pas une assez grande opinion de ses lumières en finances pour voir dans cette lacune de la loi de 1793 un calcul savant. L'institution du grand-livre ne change en rien ma conviction, ou, si on veut, mes préjugés à cet égard. Le grand-livre se présenta aux yeux de la convention comme une forme, bien plus que comme un ressort du crédit; elle ne sut y rattacher aucun des moyens qui en font aujourd'hui le soutien et le régulateur de la fortune publique. La confiscation, la guerre déclarée à l'argent, la proscription des compagnies de finances, l'épithète injurieuse d'agiotage prodiguée aux plus légitimes opérations de la haute banque, etc., etc., sont des faits qui donnent la mesure de la portée financière de la convention. La terreur et le crédit sont incompatibles.

Mais que dirons-nous du silence de la loi de 1793 sur la faculté de rachat?

Quand un principe essentiel et fondamental existe depuis des siècles, et qu'une loi faite sur des intérêts qui s'y rattachent ne

[1] *Jurispr. des rentes*, par Debeaumont, p. 332.
[2] Debeaumont, p. 330.
[3] *Infra*, no 447.

[4] Debeaumont, *loc. cit.*, p. 331.
[5] *Supra*, no 434.

l'abroge pas, on a coutume de conclure que cette loi l'a formellement accepté et lui a subordonné ses dispositions. Telle est aussi la conclusion que nous tirons du silence de la loi de 1793, et nous la croyons plus vraie que la conclusion des adversaires du remboursement. Et pourquoi s'étonner, après tout, que la convention nationale n'ait pas mentionné la faculté du rachat, comme le faisaient les édits de l'ancien régime? Outre que cette faculté est toujours de droit dans une rente constituée, est-ce que la convention nationale contractait un emprunt nouveau? Est-ce qu'elle ne se référait pas à des emprunts déjà contractés sous la réserve de cette faculté? Dans quel but, d'ailleurs, aurait-elle enlevé à l'État le droit de se libérer, elle qui ne saurait passer pour avoir affaibli les prérogatives du pouvoir? Dans quelle utilité aurait-elle changé la position de la nation envers ses créanciers? Je soutiens qu'elle ne l'a pas voulu. Cambon le dit expressément : *Un débiteur en rente perpétuelle a toujours le droit de se libérer*, et les art. 44, 185, 186, 187, 189, 192, le répètent en termes positifs. Voilà donc le droit ancien pris pour base du nouveau grand-livre.

Mais, nous dit-on, oubliez-vous que pour rembourser il faut un capital convenu, et que la loi de 1793 n'a pas permis qu'il y en eût dont on pût faire mention? Oubliez-vous que Cambon n'a parlé que d'un remboursement conventionnel à prix débattu, et non pas d'un remboursement imposé de force aux créanciers de l'État?

Je sais que la loi de 1793 n'a voulu voir en général sur son grand-livre que des rentes sans capital énoncé. Mais je croirais me méprendre beaucoup si j'attribuais cette réticence à l'intérêt du législateur pour les créanciers de l'État. C'était tout simplement un expédient et une finesse pour tâcher de libérer l'État au meilleur marché possible. Je m'explique.

La grande ressource sur laquelle l'on comptait pour désintéresser les créanciers du nouveau grand-livre, c'était les domaines nationaux. La convention avait l'espoir que, malgré la défaveur vénale qui s'attachait à cette valeur, les créanciers de l'État aimeraient mieux l'accepter que de rester dans la situation précaire où les laissait le détestable état de nos finances. Mais à quel taux prendra-t-on leurs inscriptions en payement des biens nationaux par eux achetés? sur le pied du denier 20? La justice et la raison semblaient le vouloir ainsi. Mais la convention pensait que c'était trop accorder, en général, à ces créanciers pour lesquels elle ressentait peu de tendresse. Tout ce à quoi elle consent, c'est donc de concéder l'évaluation des inscriptions d'après le denier 20 à ceux des rentiers seulement qui, par leur empressement à opérer la conversion des domaines nationaux, ont mérité une prime. Quant aux autres, leurs inscriptions ne seront prises que sur le pied du denier 18, et, s'ils tardent à se présenter, sur le pied du denier 16. Or, vous comprenez maintenant pourquoi une prudence cauteleuse ne permettait pas de donner à la rente un capital déterminé. Si l'on eût reconnu que le rentier avait droit à un capital calculé sur vingt fois le revenu, l'offre de conversion faite aux rentiers sur un pied inférieur aurait eu la couleur d'une banqueroute; au contraire, le capital de la rente étant passé sous silence, le traité échappait, au moins en apparence, à ce grand reproche.

Ce n'est pas tout : en n'inscrivant pas le capital, la convention croyait que l'État, toujours maître de se libérer, tiendrait dans sa main le taux du crédit public. De deux choses l'une, en effet : ou le créancier accepterait son remboursement à un taux inférieur au denier 20 offert par l'État, et alors l'État gagnait cette différence, sans qu'on pût dire qu'il en avait fait banqueroute, n'y ayant pas de capital inscrit et connu; ou bien le créancier refusait, et alors c'était une preuve que la rente valait plus que le taux offert, et par là l'État faisait monter le cours des effets publics et haussait le taux de son crédit. Cambon a expliqué cette combinaison avec une franchise qui ne permet pas de se méprendre sur le véritable but de la loi. Ce but était de faire gagner l'État aux dépens du créancier, sans avoir l'air de commettre une injustice.

Voilà donc pour quels motifs astucieux on retranchait du grand-livre l'énonciation du capital. Gardons-nous de croire qu'on fût préoccupé le moins du monde de la pensée de mettre les créanciers à l'abri d'un rachat forcé! Je ne saurais trop le répéter, on visait à racheter au-dessous du pair, sans avoir l'air de faire banqueroute.

Mais quand la loi de 1793 n'a plus les mêmes raisons de cacher le capital, elle

laisse bien voir qu'il est, dans l'état normal, le denier 20. C'est en effet du denier 20 qu'elle fait profiter les rentiers qui ont mérité un encouragement par leur confiance dans la conversion de la rente en domaines nationaux. C'est celui sur lequel elle calcule la quotité des gains que l'État fera lorsque les rentiers accepteront ses offres de remboursement au-dessous du pair. Qu'on lise le passage du discours de Cambon rappelé ci-dessus et si souvent cité dans la discussion de cette question. Il donne pour exemple le cas où l'État rachètera avec 900 livres de capital 50 livres de rente, et il compte que la nation fait à cette opération un bénéfice d'un dixième. Pourquoi d'un dixième, si la rente n'a pas de capital? Pourquoi d'un dixième, si ce n'est parce que le capital normal est de 1,000 livres?

Quant à nous donc, loin de reprocher aux ministres de la restauration d'avoir rétabli dans les inscriptions l'énonciation du capital, nous les en félicitons. C'est un retour à la franchise et l'abandon d'un vain faux-fuyant incompatible avec la bonne foi et le crédit.

Reste la dernière couleur d'après laquelle la loi de 1793 ne parlerait que d'un remboursement facultatif, débattu entre l'État ayant le droit d'offrir et le créancier ayant le droit de refuser. On a vu que c'est sur les paroles de Cambon que repose ce dernier refuge des adversaires du rachat. Mais, ou ils s'égarent dans l'interprétation qu'ils en donnent, ou Cambon n'a tenu qu'un langage absurde et incompréhensible.

Cambon commence par poser en règle générale : qu'*un débiteur en rente perpétuelle* (comme est l'État) *a toujours le droit de se libérer*. Voilà son théorème, voilà son point de départ. Mais que devient donc ce droit si, de son côté, le créancier (on veut que Cambon ait aussi posé cette autre règle) reste le maître de tout paralyser en refusant le remboursement, et en déclarant qu'il veut garder sa rente? Est-ce que dans ce conflit il y a un droit pour le débiteur? N'est-il pas contradictoire de reconnaître d'un côté la faculté de se libérer, et de mettre en regard la faculté non moins énergique de refuser le payement?

Cambon aurait donc raisonné en insensé s'il eût ainsi placé côte à côte ces propositions inconciliables. Mais, hâtons-nous de l'affirmer, ce n'est pas ce qu'il a dit. Lorsqu'il parle d'un créancier qui est maître de garder sa rente ou de recevoir son remboursement, il parle d'un remboursement au-dessous au pair ; il parle de l'extinction d'une rente de 50 livres par le payement d'un capital de 900 livres. Mais cette alternative de prendre ou de refuser, l'étend-il au créancier à qui on offrirait 1,000 livres pour 50 livres de rente? Nullement. Il ne s'en occupe pas, il n'était pas nécessaire de s'en occuper ; car cette proposition : — *Le débiteur d'une rente perpétuelle a toujours le droit de se libérer*, n'était-elle pas de nature à lever tous les doutes? Et qui d'ailleurs pouvait en concevoir, des doutes, en présence du droit commun et des édits, qui avaient fait jusqu'alors la loi des rentiers?

Maintenant nous voici conduit à la loi du 9 vendémiaire an 6, pour laquelle nous ne serons pas plus indulgent que Mérilhou. Entendons-nous cependant sur les reproches sanglants qu'elle mérite. Est-ce parce qu'elle a fixé à la rente un capital au denier 20 (1) que nous lui infligerons les épithètes de frauduleuse, violente, spoliatrice? Heureux les rentiers si, avant les jours de prospérité que nous ont faits le gouvernement constitutionnel et une paix durable, il se fût trouvé un gouvernement qui, à bureau ouvert, les eût remboursés sur le pied du denier 20!

Ou bien, est-ce parce qu'elle avait conçu la pensée d'un rachat que nous la proclamerons infâme? Mais le rachat était le droit commun. La loi de 1793, loin de l'enlever à l'État, le lui avait reconnu. Cambon avait tenu à cette occasion le langage juridique de la coutume de Paris. Quel rentier, d'ailleurs, se fût plaint de sortir des périls de la rente avec son capital remboursé à 5 du 100?

Savez vous ce qui fait que la loi du 9 vendémiaire an 6 est une mesure abominable? C'est qu'au lieu de rembourser les malheureux créanciers de l'État en valeurs réelles, un gouvernement aussi perfide que violent les remboursa en valeurs illusoires; c'est qu'il paya les deux tiers de la dette comme font les banqueroutiers.

Venons au consulat. La loi du 21 floréal an 10 fut une belle loi ; elle organisa l'amortissement, conception féconde, qu'il a fallu cependant plus tard élargir, fortifier, améliorer. Mais, au milieu de toutes les

(1) Art. 100, et art. 2 de la loi du 18 nivôse an 6.

merveilles que l'on a données pour cortége à cette loi, on a oublié un point important : c'est de citer le texte positif qui, abolissant le droit commun, aurait fait de la rente sur l'État une rente anormale, non susceptible de rachat. J'ai cherché ce texte : je ne l'ai pas trouvé; et mon examen m'a démontré que la loi du 21 floréal an 10 est certainement un grand acte d'économie financière, mais nullement un nouveau code des rapports juridiques de l'État avec ses créanciers.

Faute de texte, on a multiplié les inductions. On s'est prévalu de ce que l'amortissement ne devant pas agir sur les 50 millions de rentes destinés à rester comme la dette normale de l'État, il en résultait la preuve que le remboursement par masse était à plus forte raison défendu. Mais je réponds d'abord qu'autre chose est le rachat graduel au cours de la place, autre chose est le rachat forcé; que l'État a pu s'interdire le premier, sans renoncer par là au second d'une manière formelle; que, de plus, quand bien même l'État, réglant l'ordre de ses finances suivant l'opportunité des circonstances et des ressources actuelles, aurait écarté l'idée d'un remboursement intégral (que rien ne rendait alors ni faisable ni probable), cette mesure de haute administration ne devrait pas être assimilée à l'abandon définitif d'une faculté imprescriptible, assurée par la loi de tous les temps au débiteur d'une rente constituée; que la loi de floréal an 10 n'a eu en vue que le présent, lorsqu'elle a déterminé l'action de l'amortissement; qu'elle n'a pas entendu enchaîner l'avenir, ainsi que l'ont prouvé les modifications et les perfectionnements introduits dans la conduite de l'amortissement; qu'en un mot, cette loi a donné à l'administration une règle d'action, et non pas des droits acquis aux créanciers; qu'elle est une œuvre de sage économie intérieure, et non pas un contrat synallagmatique.

On a parlé de la qualification de *perpétuelle* donnée aux 50 millions formant le maximum de la dette perpétuelle. Sans doute, puisqu'elle n'était pas viagère.

On a ajouté que cette partie de la dette participait de la solidité des immeubles, et était destinée à remplacer la propriété foncière dans la dot des grands établissements publics? La réponse est encore dans ce que nous avons dit ci-dessus des principes de l'ancien droit, qui, bien que mettant les rentes constituées dans la classe des immeubles, tenait cependant que la faculté de rachat y était essentielle et imprescriptible. On a cité enfin Cretet qui, au nom de l'État, aurait déclaré que la rente perpétuelle n'était pas remboursable. Mais les paroles d'un orateur, quelque grave qu'il soit, ne peuvent suppléer au texte de la loi, quand il s'agit de faire une brèche au droit commun et d'enlever à l'État une prérogative essentielle. Ensuite, qu'a voulu dire Cretet? Que l'État n'a pas le droit de rachat? Nullement; mais que les créanciers n'ont pas le droit d'exiger le remboursement, et que l'État est bien loin d'être en mesure de pouvoir le leur offrir.

Qu'on me permette d'ailleurs une réflexion qui n'est peut-être pas indigne de quelque attention. Lorsque, se reportant à la législation contemporaine des mauvais jours par lesquels est passée la rente, on l'interprète de manière à lui faire considérer le remboursement comme une mesure funeste aux intérêts des rentiers et contraire à la foi publique, on tombe dans l'anachronisme le plus frappant. Pour que le remboursement paraisse gênant aux rentiers, il faut qu'ils se soient accoutumés à voir la rente au-dessus du pair, et qu'ils aient placé dans l'élévation du capital l'idée d'un gain acquis en compensation de leurs chances défavorables. Mais quand la rente, loin d'être portée au delà du pair par la puissance du crédit, est au contraire écrasée sous le poids de la défiance, s'imaginer que les rentiers voient une calamité dans le remboursement au pair, c'est confondre les situations et transporter les idées du moment dans des époques bien différentes; c'est oublier que le remboursement au pair eût été pour les rentiers un événement tellement heureux, qu'il était en dehors de toutes les éventualités probables. Or, quelle est la législation qu'on invoque pour flétrir le remboursement? Précisément celle qui est née sous l'influence de la baisse, du discrédit, des déficit, et de toutes les circonstances les mieux faites pour donner au rachat au pair la couleur d'un bienfait, ou du hasard le plus inespéré.

Le bon esprit de Mérilhou n'a pu traverser ces temps de délabrement de la fortune publique sans apercevoir que l'état déplorable de nos finances mettait le rachat de la rente au rang des choses que toutes les prévisions humaines n'auraient pu deviner.

Aussi a-t-il laissé échapper ces paroles dont je prends acte : « *Osons le dire avec franchise, ni les rentiers, ni l'État, personne n'a pensé au droit de remboursement* [1]. » Comment! personne n'a pensé au rachat, et vous voulez qu'une faculté aussi substantielle, aussi sacrée, ait été supprimée par voie de prétérition, et sans qu'on s'en soit occupé? Je place, moi, bien plus haut le droit commun. Je ne veux pas qu'un oubli affaiblisse sa puissance. Il règne partout où il n'est pas formellement abrogé; il gouverne nécessairement et *ipso jure* ceux qui ne pensent pas à lui.

Mais si de la révolution et de l'empire nous passons aux temps plus heureux où le crédit public, développé à l'ombre d'institutions libérales et pacifiques, a montré pour la première fois en France la puissance de ses moyens, comment méconnaître dans les lois la sanction qu'elles ont voulu donner au droit de l'État, à ce droit laissé jusqu'alors dans l'ombre et dans le repos, mais qui désormais s'est montré visible, éclatant, à mesure que les circonstances en ont rendu l'exercice plus probable et plus facile?

D'abord, la loi du 1er mai 1825 garantit la rente 4 1/2 p. % de tout remboursement pendant dix ans. Vous reconnaissez ici la trace de l'art. 1911 du Code civ. Nous sommes en plein droit commun.

A la vérité, le 4 1/2 p. % est un fonds nouveau, et la loi ne parle pas expressément du 3 p. %. Mais l'art. 3, qui dispose que « les sommes affectées à l'amortissement ne » peuvent être employées au rachat des » fonds publics dont les cours seraient au» dessus du pair, » conduit nécessairement au rachat comme le seul moyen de libérer l'État. Car, si l'État ne peut se libérer par la voie de l'amortissement, il faut bien qu'il recoure au rachat pour s'affranchir, à moins qu'on ne veuille qu'un débiteur reste dans la perpétuelle impossibilité de se libérer. Quoi! l'État, débiteur, serait soumis à deux poids et à deux mesures; il y aurait une dette dont il pourrait se racheter en vertu du droit commun, et il y en aurait une autre dans les liens de laquelle il devrait rester éternellement enchaîné! En vertu de quoi, je vous prie, ce retour au droit commun d'un côté, et cette anomalie de l'autre? L'honorable orateur que je prends la liberté de réfuter spécialement, parce qu'il a été le plus solide appui d'une opinion que je repousse, me fournit lui-même une preuve de plus à l'appui de mon raisonnement. « *Mais,* » dit-on, *l'État ne pourra donc jamais se libé*» *rer? Qu'est-ce à dire? Quant à l'extinction* » *du capital, la loi fixe un mode, c'est l'amor*» *tissement* [2]. » Ainsi l'honorable pair reconnaît avec nous que l'État doit pouvoir se libérer; seulement, il veut que ce soit l'amortissement qui soit l'instrument de cette faculté. Mais oublie-t-il que la loi défend à l'amortissement d'agir quand la rente est au-dessus du pair? Or, s'il est vrai que l'État doive toujours jouir du droit de se libérer, et que cependant l'amortissement soit condamné à l'inertie dans le cas donné, quelle autre ressource restera-t-il à l'État, sinon le remboursement? Donc, ou le remboursement, ou l'impossibilité de se libérer: il n'y a pas de milieu.

Il est vrai que, dans l'opération financière organisée par l'art. 4 de la loi du 1er mai 1825, il s'agit, non pas d'un remboursement forcé, mais d'une conversion volontaire de 5 en 3 p. %. Mais le rachat d'une dette aussi importante que celle de la France n'est pas un de ces actes avec lesquels on puisse se jouer sans de mûres réflexions, sans une longue étude, sans des circonstances longtemps prospères; est-il étonnant que la prudence de l'État ait reculé devant cette mesure gigantesque? Si l'État n'a pas voulu user de son droit en 1825, qu'est-ce à dire pour l'avenir?

Mais, ce qui tranche tout, c'est la loi du 10 juin 1833 qui, dans l'art. 6, porte : « *Le remboursement n'aura lieu qu'en vertu d'une loi spéciale.* » Donc le remboursement n'est pas la violation du contrat intervenu entre l'État et le rentier; donc il n'est pas un abus de la force et un manque de foi; car ce serait faire injure au législateur que de lui proposer de s'associer à une iniquité, à une spoliation.

Mérilhou croit cependant que rien n'est tranché par cette disposition; que tout se trouve suspendu et mis en réserve; que la question de remboursement est seulement posée, mais que la solution en est renvoyée à une époque ultérieure, où il sera libre d'examiner le remboursement soit sous le rapport du principe, soit sous le rapport

[1] P. 14.

[2] P. 27.

des moyens d'exécution. Je ne puis partager cette opinion. Je pense, au contraire, que la possibilité du remboursement est consacrée en thèse, conformément au Code civil; que c'est seulement l'opportunité et les voies et moyens qui sont subordonnés au libre arbitre de la loi future. Supposons, en effet, que le remboursement mérite tous les reproches que lui adresse l'éloquent orateur; qu'il soit un coup de main de la bourse, une œuvre digne de l'abbé Terray, une spoliation révoltante, qui blesse la justice et l'humanité (et il faut qu'il soit tout cela pour que l'État, rejeté en dehors du droit commun, n'en puisse user à l'instar des particuliers); et puis, imaginez-vous une loi qui viendrait dire sérieusement : *Le remboursement, c'est-à-dire la banqueroute, n'aura lieu qu'en vertu d'une loi spéciale!* Non, si le remboursement peut avoir lieu en vertu d'une loi spéciale, c'est qu'il n'est pas un mépris du droit, une tyrannie de la force, une injustice criante. On ne met pas ainsi la banqueroute à l'ordre du jour.

Après cela, il est facile de voir que le tableau brillant que Mérilhou nous a tracé des plans de finances du consulat, doit plutôt rester dans le domaine des peintures idéales que comme l'expression d'une règle applicable à la situation actuelle de notre crédit. Après avoir mis en relief cette dette perpétuelle, qui, immobile comme la terre elle-même, devait survivre à tous les événements, il ajoute que, dans la pensée de l'homme qui présidait aux destinées de l'État, la rente à jamais irremboursable, même avec la volonté de la loi, était mise à l'abri des coups de majorité de tribunes parlementaires. Si cette assertion est vraie, les idées ont pris depuis lors une tournure bien différente; car la loi du 10 juin 1833 fait au contraire appel aux majorités parlementaires pour décider si l'État doit ou non éteindre sa rente 5 p. %. Que conclure de là? Que les temps sont changés, et que Mérilhou s'est placé à un point de vue qui lui a montré le passé trop séduisant, le présent trop rembruni. Ce qu'il y a de sûr, c'est que ni Napoléon ni ses ministres ne songèrent jamais à la possibilité d'un remboursement, alors impraticable, et dont l'avenir seul a pu révéler l'utilité pratique et les moyens d'exécution. L'empereur a été grand par-dessus tous les autres; mais cet homme, qui put tant de choses immenses, ne fut pas maître du pair de la rente. Son gouvernement trouva la baisse, et s'arrangea forcément sur cette donnée. A notre temps appartiennent la hausse toujours incessante et les combinaisons nouvelles dont elle est la base, et les fruits heureux qu'en retirent la richesse et le crédit publics.

443. Après nous être occupé du principe du rachat, et avoir montré que ce principe est fondamental et nécessaire dans toute rente constituée sans distinction de personnes, il faut rechercher à quel taux légal les rentes de cette espèce peuvent être établies.

Puisque le Code civil les assimile au prêt à intérêt, il est évident que le produit le plus élevé qu'il soit permis de tirer du capital est le 5 p. %. C'est celui de la loi du 3 septembre 1807. Nous avons répondu ci-dessus à l'opinion contraire de Favard-Langlade [1]. Nous n'admettons d'exception que dans les rentes sur le grand-livre, parce que leur valeur est beaucoup plus impressionnable que toutes les autres propriétés par les moindres événements politiques; que le créancier n'a pas contre le débiteur les moyens de contrainte assurés par le droit commun, et qu'en un mot, il y a dans ces rentes un caractère aléatoire qu'il est impossible de méconnaître.

Dans l'ancien droit français, le taux auquel les rentes pouvaient être créées avait varié.

Aux XIIe, XIIIe, XIVe et XVe siècles, le taux était le denier 10, c'est-à-dire que pour 10 francs on se faisait constituer une rente de 1 fr. [2].

Charles IX, par son édit de mars 1567, le réduisit au denier 12; puis un édit de Henri IV, du mois de juillet 1601, le fit descendre au denier 16. Nouvelle baisse de l'intérêt sous Louis XIII, dont l'édit de 1634 le porta au denier 18. Enfin, Louis XIV, par édit de décembre 1665, le fixa au denier 20. En 1720 et 1724, on essaya de l'abaisser d'abord au denier 50, ensuite au denier 30. Mais ces tentatives restèrent sans succès, et un édit de juin 1725 maintint le denier 20, qui est resté le taux légitime.

444. Ces variations ont fait naître la question de savoir si les édits qui ont abaissé le

[1] Arg. d'un arrêt de Rouen du 22 août 1825.
[2] Bulles de Martin V et Calixte III. — Orléans, art. 379, rédigé en 1509. — Coquille, *sur Nivernais*, tit. 7, art. 9. — Pothier, n° 10.

taux de l'intérêt étaient applicables aux arrérages de rentes constituées à courir depuis leur promulgation.

La négative est certaine. La rente, avec ses arrérages à courir, est une chose fixe dont le constituant s'est reconnu débiteur à des conditions déclarées légitimes par la loi en vigueur au moment du contrat. Une loi postérieure ne peut changer ces conditions : ce serait porter atteinte à des droits acquis [1].

445. Ce prix de la rente n'a été ainsi fixé par les lois que dans l'intérêt du constituant ; le créancier peut, par conséquent, la payer plus cher, et donner par exemple 25 fr. pour avoir 1 fr. de rente. C'est ce que l'on voit aujourd'hui au milieu de la grande abondance d'argent dans les créations de rentes sur le grand-livre à 3, 4 et 4 1/2 p. %. J'ai vu également des acheteurs de rentes dues par des particuliers les acheter à la criée à un taux moindre de 5 p. % ; de telle sorte que, les frais du contrat étant payés, l'on ne plaçait son argent qu'à 4 1/2 p. %.

446. L'usure ne doit pas être moins exclue du contrat de constitution que du prêt à intérêt. Ainsi on ne peut exiger du constituant rien de plus que la rente ; tout ce qui excéderait devrait être réduit *ad legitimum modum*. On peut recourir à ce que nous avons dit ci-dessus de l'usure en matière de prêt à intérêt [2].

447. Maintenant, on peut se faire une idée juste de la nature de la rente constituée. Toute rente constituée, quand même elle aurait la garantie d'une hypothèque, est meuble (art. 529, Code civ.). En effet, ce qui est dû, ce sont des arrérages, qui consistent en quelque chose de mobilier : *actio ad mobile est mobilis* ; l'hypothèque n'est qu'un simple accessoire.

C'est ce qu'avaient décidé quelques anciennes coutumes, telles que Blois, Reims, Troyes. Mais elles étaient exceptionnelles. Le droit commun, déclaré par les coutumes de Paris, Orléans, etc., rangeait les rentes constituées dans la classe des immeubles [3] ; la raison en était qu'au delà des arrérages, il y a un capital qui les engendre, et que ce capital, étant inexigible et inaltérable, paraissait semblable à un fonds de terre qui produit des fruits, sans que la perception de ces fruits et leur consommation entament l'intégrité de la cause productrice. Mais ceci était plutôt une figure de rhétorique qu'une raison ; l'art. 529 ne s'y est pas arrêté.

448. Le droit de rente constituée est divisible. Si le créancier laisse plusieurs héritiers, chacun n'est créancier que pour sa part et portion ; si c'est le débiteur qui décède laissant plusieurs héritiers, chacun de ceux-ci n'est tenu de la rente que pour sa part héréditaire [4].

449. Nous avons dit ci-dessus, n° 436, que l'obligation principale du constituant est de payer les arrérages.

Ce payement est soumis aux règles ordinaires ; il doit être fait au domicile du débiteur [5], à moins que la rente ne soit *portable*, d'après la convention ; mais de droit la rente est *quérable*, c'est-à-dire payable au domicile du débiteur [6].

Les arrérages se prescrivent par cinq ans [7].

450. Le contrat de constitution de rente est soumis, pour la preuve de son existence, aux mêmes conditions que le prêt [8]. Le titre qui l'établit se nomme titre primordial. Il y a, après cela, le titre récognitif dont les conditions sont réglées par les art. 1337 et suivants, et le titre nouvel qui fait la matière de l'art. 2263 du Code civ., pour l'interprétation duquel je renvoie à mon livre *de la Prescription* [9].

451. Une rente constituée peut s'établir par prescription [10]. La prestation d'une rente pendant trente ans et plus fait acquérir le droit de rente au créancier [11], ou plutôt établit une présomption *juris et de jure*, qu'un capital a été fourni pour la constituer, et qu'elle doit être servie.

---

[1] Pothier, n° 16.

[2] *Supra*, n° 393 et suiv.

[3] Mon *Comment. des hypothèq.*, n° 408. — Pothier, n° 112. — *Voy.* la décrétale *Exivi* de Clément V, au tit. *De verbor. signif.* (*in Clement.*). — Coquille, *sur Nivernais*, tit. 7, art. 9.

[4] Pothier, n° 120.

[5] *Id.*, n° 124.

[6] Grenoble, 19 juillet 1827. (Dalloz, 28, 2, 94.)

[7] Pothier traite cette matière avec détail, n° 132 et suiv. *Voy.* notre *Comment. de la prescription*, art. 2277.

[8] L'existence d'une rente dont le titre est présumé détruit par les accidents de la guerre est suffisamment prouvée par la reproduction d'une copie de ce titre, faite par un notaire sur une autre copie également authentique, et par les annotations concordantes d'un ancien registre de recette du crédirentier. (Br., 19 janvier 1833.)

[9] N° 837 et suiv.

[10] Pothier, n° 59.

[11] Mon *Comment. de la prescription*, n° 179.

Les frais de contrat sont à la charge du débiteur de la rente [1]; il doit fournir au créancier le titre en vertu duquel il exercera son droit.

452. Pothier a passé en revue avec Dumoulin les principaux pactes que l'on était jadis dans l'usage d'ajouter aux contrats de constitution de rente.

Les uns étaient relatifs à la sûreté du fonds de la rente.

Les autres concernaient les arrérages et le rachat [2].

453. Le premier pacte usité pour la sûreté du fonds trouvait son utilité lorsque la constitution était faite sous seing privé. On stipulait que le constituant passerait acte devant notaire à la requête du créancier.

454. Un autre pacte non moins fréquent était l'assignat. Le constituant assignait la rente à prendre sur un certain héritage dont il se dessaisissait jusqu'à due concurrence, et en saisissait celui à qui la rente était constituée, déclarant ne posséder l'héritage jusqu'à due concurrence qu'à titre de constitut et de précaire. Loyseau a doctement analysé cette clause [3]; il prouve qu'elle ne créait pas une charge foncière sur l'héritage, qu'elle équivalait à une stipulation d'hypothèque spéciale [4], et qu'il ne fallait pas exagérer la portée de pareilles pactions « *que le cervable des notaires peut inventer* , » et imposer à un homme « *qui a affaire d'argent* [5]. »

455. Le constituant promettait assez souvent aussi de faire emploi du capital payé, soit pour acheter un héritage, soit pour payer une dette, à charge de faire subroger le prêteur aux priviléges et hypothèques du vendeur de l'héritage ou du créancier de la dette [6].

456. Quant aux arrérages, il arrivait fréquemment que le créancier exigeait une délégation de la rente sur les locataires et fermiers du constituant, avec pouvoir d'exiger son payement directement de ceux-ci [7]. Si ceux-ci devenaient insolvables, le constituant n'en restait pas moins débiteur personnel de ce qui était dû, et devait le parfournir [8].

457. On exigeait encore quelquefois que les arrérages se payassent de six en six mois [9]. Les rentes sur l'État appelées rentes sur l'hôtel de ville se payaient par semestre, d'après les édits de constitution [10]. Cet usage est resté dans les rentes actuelles sur le grand-livre de la dette publique.

458. Mais on repoussait la clause de payer d'avance; on y trouvait un soupçon d'usure qui la faisait annuler. Par exemple, Pierre constitue une rente de 50 francs pour le prix de 1,000; Jacques (le créancier) exige qu'il sera payé d'avance. En conséquence, il retient 50 francs pour premier terme et ne verse effectivement que 950 francs. On décidait que la rente ne devait être que de 47 livres 10 sous, et que le constituant pouvait se rédimer en ne payant que 950 [11]. Cette doctrine, trop rigoureuse, ne serait pas suivie aujourd'hui.

459. Les clauses relatives au rachat ne pouvaient rien introduire dans le contrat qui obligeât le débiteur à rendre, pour se libérer, plus qu'il n'avait reçu [12]. La raison en est sensible, et elle subsiste sous le Code civil comme dans l'ancien droit.

460. On avait soin de stipuler si le remboursement devait se faire en un ou plusieurs payements partiels [13], de sorte qu'un de ces payements amortît la rente jusqu'à due concurrence.

Ou bien, on réglait que le payement se ferait en telle ou telle monnaie courante et sonnante [14]. Les variations trop fréquentes des monnaies font apercevoir la nécessité de cette clause qui, dans l'état actuel des choses, n'a qu'une utilité beaucoup plus rare.

461. Reste à voir maintenant comment le contrat de constitution prend fin.

Nous ne dirons rien des moyens ordinaires par lesquels s'éteignent les obligations, remise, novation, confusion, prescription, etc.: c'est du droit commun. Nous ne parlerons que du rachat, et de la résolution du con-

[1] Pothier, nº 158.
[2] Nºs 61 et suiv.
[3] Liv. 1, ch. 8 et 9.
[4] Pothier, nº 64.
[5] Loyseau, ch. 8, nº 1.
[6] Pothier, nº 65.
[7] Loyseau, liv. 1, ch. 8, nº 3. — Pothier, nº 79.
[8] Guy-Pape, quæst. 8. *Traité des rentes*, par L. B., ch. 20.
[9] Pothier, nº 85.
[10] Debeaumont, p. 331. Les édits disent : *par demi-année*.
[11] Pothier, nº 86.
[12] *Id.*, nº 92.
[13] *Id.*, nºs 93, 94, 95.
[14] *Id.*, nº 97. — Voy. *supra*, notre commentaire de l'art. 1902; — et les nºs 189, 190, 222 et suiv.

trat pour inexécution des conventions de la part du débiteur; le rachat fera l'objet des nos suivants jusqu'au no 470; la résolution sera traitée dans le commentaire des art. 1912 et 1913.

462. Le rachat est une faculté essentielle dans la rente constituée. Les rentes constituées à prix d'argent, dit Coquille [1], sont « rachetables *de leur propre essence et premier establissement.* »

Cette faculté peut être exercée par tous ceux qui y ont intérêt, débiteur principal, héritiers, cautions solidaires ou simples, même tiers détenteurs de fonds hypothéqués [2].

463. Le rachat doit se faire pour le total. Le créancier n'est pas obligé de le souffrir par partie. Les héritiers du débiteur doivent s'entendre entre eux pour faire un remboursement intégral; un remboursement fractionné qui laisserait subsister une partie de la rente ne saurait être admis.

La raison en est que le sort principal n'est pas exigible; que, n'étant pas *in obligatione*, il ne se divise pas entre les héritiers, comme les obligations; que ce qui se divise, c'est seulement l'obligation de payer les arrérages de la rente, mais non pas la faculté de rachat, qui est un moyen de résolution, et qui, à ce titre, ne saurait être souffert pour partie [3].

Delvincourt croit cependant qu'il n'en est pas ainsi, et qu'un héritier pour partie peut obliger le créancier à souffrir le rachat pour sa part [4]. Cette opinion avait été enseignée dans l'ancien droit par Follerus [5], et elle est suivie par Duranton [6], Zachariæ [7] et Duvergier [8]. Je la crois inexacte. Les art. 1667 et 1670 du Code civil, en matière de réméré, offrent à cet égard un argument d'analogie très-puissant, et qui ajoute à la force des raisons que nous empruntions tout à l'heure aux princes de la science, à Dumoulin, à Pothier!

On objecte que la constitution de rente est aujourd'hui un prêt plutôt qu'une vente, et qu'on doit lui appliquer les principes ordinaires en matière de restitution de la somme prêtée.

Je réponds que, quel que soit le rapprochement opéré par le législateur moderne entre le prêt à intérêt et la rente constituée, il y a cependant entre ces deux contrats des différences notables que l'on ne saurait effacer. Dans le pur prêt à intérêt, l'obligation principale est de rendre, et elle est divisible puisqu'elle porte sur des choses divisibles. Est-ce également l'obligation principale dans la rente constituée? Non; car il n'y a de rente constituée qu'à la condition de n'y avoir pas d'obligation de rendre. Or, pour parler de divisibilité d'une obligation, il faut avant tout que l'obligation existe. Elle n'existe pas ici.

Ce qui existe, c'est le droit de résoudre le contrat par le rachat. Or, on ne résout pas un contrat par partie: on ne met pas partiellement un acheteur au même et semblable état qu'avant le contrat.

Vous insistez sur ce que nous sommes ici en matière de prêt, et qu'il faut écarter les idées de vente et de rachat, idées surannées depuis que le prêt à intérêt est permis. Mais lisez donc l'art. 1911, qui vous dit que la rente constituée est essentiellement *rachetable*, et arrêtez-vous au mot *rachat*, employé dans son second paragraphe. Croyez-vous que ce mot soit sans valeur réelle, et qu'il ne réponde pas à une idée précise? Le législateur s'en est-il jamais servi en parlant du prêt, et pouvait-il s'en servir? Convenez donc qu'il y a dans la constitution de rente quelque chose de particulier qui n'affecte pas le pur prêt; convenez que si elle est un prêt (et je ne veux pas le nier) [9], c'est un prêt différent à bien des égards du prêt proprement dit. Dès lors, laissez à l'ancienne doctrine une autorité que rien dans le Code civil n'a voulu lui enlever.

464. Il en est autrement quand le principal devient exigible par la faillite de l'un des débiteurs (art. 1913) [10]. Ce n'est plus alors une faculté dont le débiteur se sert contre le créancier; c'est, au contraire, le

---

[1] Quest. 260.
[2] Pothier, nos 176 et 177.
[3] Dumoulin, *De divid. et individ.*, p. 2, no 209, et p. 3, no 23. — Pothier, *Constit. de rente*, no 190. — Merlin, *Répert.*, vo *Rente constituée*, p. 552, no 14. — Dalloz, *Rente constituée*, § 9, no 3. (Liége, 7 juin 1817; *Pasicrisie belge*, à cette date.)
[4] T. 3, notes, p. 416.
[5] *Contract. cens.*, cité par Pothier.
[6] T. 17, no 613.
[7] T. 3, § 398.
[8] No 336.
[9] Voy. *supra*, nos 421 et 422.
[10] Liége, 8 fév. 1815 et 7 juin 1817; *Pasicrisie belge*, à cette date.

créancier qui agit contre le débiteur et exige de lui ce qu'il doit. Or, ce qu'il doit, c'est sa part et rien de plus [1]. Il faut bien se garder de confondre le cas où la somme est devenue exigible avec celui où il est défendu au créancier de l'exiger.

465. Pour être reçu au rachat, le débiteur doit offrir non-seulement le principal, mais encore les arrérages échus jusqu'au jour du payement.

Tous ces arrérages doivent être payés et liquidés avant d'éteindre le capital [2].

466. Il suit de là que l'héritier pour partie, qui veut amortir la rente, doit préalablement payer au créancier le montant intégral des rentes échues. Objectera-t-on que, n'étant héritier que pour partie, il ne saurait être tenu des arrérages que pour sa part? Sans doute, tant qu'il ne veut pas faire le rachat; mais lorsqu'il se propose de l'effectuer, il trouve devant lui un obstacle qui altère sa position : c'est la fin de non-recevoir qu'élève contre le remboursement du principal le non-payement de tous les arrérages arrivés à échéance [3].

467. Le payement des arrérages et du sort principal est soumis aux règles ordinaires. Ce n'est que lorsqu'il s'opère par voie de compensation que quelques nuances particulières sont à noter.

En effet, le capital n'étant pas exigible dans la constitution de rente, il est impossible que la compensation s'opère de plein droit. Il ne suffit pas dès lors que le débiteur de la rente soit devenu créancier du crédirentier, pour que le principal de la rente soit affecté de la compensation; il faut encore que le débiteur manifeste sa volonté de racheter. Le rachat n'est que facultatif; le principal de la rente n'est dû que lorsque le débiteur veut effectuer le remboursement; il est donc nécessaire que ce dernier ait mis en mouvement cette volonté pour que la compensation soit possible [4].

Voilà une première différence dans cette matière entre la constitution de rente et le prêt d'une somme devenue exigible.

468. Il y en a une autre : c'est que le remboursement ne pouvant pas se faire partiellement, il ne doit y avoir de compensation qu'autant que la somme due par le crédirentier égale le principal qui lui est dû, sans quoi il est autorisé à refuser la compensation [5].

469. Que si le débiteur de la rente se trouvait dans l'un des cas où le principal est exigible (art. 1913), on rentrerait dans la règle ordinaire que la compensation opère de plein droit [6].

470. Après avoir parlé de l'extinction de la rente par le rachat volontaire, nous allons passer au cas où elle cesse par la résolution forcée du contrat. Ce cas est réglé par les art. 1912 et 1913 du Code civ.

ARTICLE 1912.

Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat,

1° S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années;

2° S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

ARTICLE 1913.

Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur.

SOMMAIRE.

471. La résolution forcée pour inexécution des engagements a lieu dans le contrat de constitution de rente comme dans tous les autres contrats.
472. Conciliation de l'art. 1184 avec les art. 1912 et 1913. Pourquoi l'art. 1184, qui sous-entend la clause résolutoire, n'a parlé que des contrats synallagmatiques.
473. 1re cause de résolution du contrat de constitution.

[1] Pothier, n° 192.
[2] *Id.*, n° 196.
[3] *Id.*, n° 198.— Duparc-Poullain, t. 3, p. 91, n° 67.
[4] Pothier, n° 204. — Toullier, t. 7, n° 404.
[5] Pothier, n° 205. — Toullier, n° 405.
[6] Delvincourt, t. 8, p. 334.

Défaut de payement des arrérages pendant deux ans.
Ancien droit.
474. Examen de la question de savoir si ce délai est fatal.
Distinction entre la rente quérable et la rente portable.
Quand la rente est portable, les art. 1912 et 1913 s'écartent de l'art. 1184, Code civ., pour se rattacher aux art. 1183 et 1139.
475. Fondement de cette jurisprudence. Raison insuffisante donnée dans un arrêt de la cour de cassation de 1818.
476. Autre raison de Zachariæ peu satisfaisante.
477. Raison proposée.
478. *Quid* si c'est par la faute du créancier que le débiteur n'a pas payé la rente?
479. Quand la rente est quérable, la situation change, et une sommation est nécessaire pour arriver à la résolution.
480. Suite. Raison de cela.
481. *Quid* si le créancier, en envoyant un mandataire pour recevoir, ne lui avait pas donné pouvoir pour donner quittance? Le débiteur pourrait-il se refuser à payer?
482. La sommation faite régulièrement, peut-on accorder ou débiteur un délai modéré pour se libérer?
Examen des arrêts. Influence de certaines circonstances. Solution en pur droit.
483. Calcul des deux années.
484. Les deux années doivent-elles être consécutives?
485. Application de la commise prononcée par les articles 1912 et 1913 du Code civ. aux rentes constituées antérieurement, mais dont les arrérages sont échus sous le Code.
486. L'obligation de rembourser le capitol doit-elle être étendue au débiteur d'une rente de don et legs qui cesse pendant deux ans de remplir son obligation?
Arrêt de la cour de cassation du 12 juillet 1813.
Observations critiques dont il est susceptible.
487. De l'action en résolution quand la rente a été constituée pour un prix de vente.
488. Les art. 1912 et 1913 sont-ils applicables à la contumace du débiteur d'une rente foncière?
489. 2e *cause* de résolution. Omission par le débiteur de fournir les garanties promises.
490. Diminution des sûretés données.
491. Suite. Renvoi.
492. Il faut que la diminution ait lieu par *la faute* du débiteur, et non par *force majeure*.
493. Le débiteur peut-il être renvoyé de la demande en résolution lorsque après cette demande il rétablit les sûretés?
494. La résolution pour défaut de sûreté et diminution des sûretés a-t-elle lieu dans les rentes de don et legs?
495. Suite.
496. Et dans les rentes foncières?
497. 3e *cause* de résolution. Faillite ou déconfiture du débiteur.
498. Cette 3e cause est-elle applicable aux rentes de don et legs
499. Et aux rentes foncières?

COMMENTAIRE.

471. Le contrat de constitution de rente subit la loi du droit commun, qui veut que les conventions soient résolubles pour l'inexécution des conditions qu'elles renfermaient [1]. Si donc le débiteur cesse de payer la rente pendant un certain temps; si, ayant promis des hypothèques spéciales et des cautions, il ne les donne pas; s'il ne fait pas l'emploi des deniers exigé par le contrat pour la sûreté du créancier; si sa déconfiture ou sa faillite laissent ce dernier sans garantie : dans tous ces cas, il manque à des engagements essentiels qui ont fait la base du contrat; et sa contravention donne au créancier le droit d'en demander la résolution pour l'avenir [2]. C'est ce qu'on appelait autrefois « conversion de la rente en » obligation pure et simple [3]. » Sans doute la rente a été constituée en perpétuel, et le capital en a été stipulé inexigible. Mais c'est sous la condition que le débiteur servira cette rente et ne compromettra pas un avenir que le créancier lui a abandonné; sans quoi le contrat n'aurait pas eu lieu. Il faut donc que le créancier rentre dans le capital qui n'a été aliéné par lui que sous des promesses qui ne sont pas tenues.

472. On voit que les art. 1912 et 1913, conformes du reste à l'ancien droit, appliquent ici au contrat de constitution, qui, malgré son caractère de vente, tient à la classe des contrats unilatéraux [4], un principe que l'art. 1184 paraît au premier coup d'œil n'avoir réservé que pour les contrats synallagmatiques. Mais il ne faut pas donner à cet article une pensée restrictive, qui

[1] Arg. de l'art. 1184, Code civ. — *Voy.* le tit. du Dig., *de condict. causa data.* — Mon *Comment. de la vente,* n° 621.

[2] Dupare-Poullain, t. 3, p. 65 et 66, nos 32 et 33.
[3] *Id.*
[4] *Supra,* n° 422.

choquerait la raison et serait d'ailleurs bien éloignée de son but équitable. La première règle du Code civil, c'est la bonne foi. Or, la bonne foi était blessée de ce qu'avant sa promulgation, les pays de droit écrit, trop dociles à certaines traditions du droit romain, n'admettaient pas la clause résolutoire tacite dans les contrats nommés, par exemple dans la vente, le plus célèbre et le plus fréquent des contrats synallagmatiques, tandis qu'elle était reçue de plein droit dans les contrats innomés [1]. C'est cet état de choses que l'art. 1184 a voulu faire cesser; loin d'être dirigé par une idée limitative, il a entendu au contraire étendre à tous les contrats, même à la vente, la condiction [2], c'est-à-dire l'action pour reprendre la chose que l'une des parties a donnée à la charge que l'autre partie ferait ou donnerait quelque chose qu'elle ne fait pas ou ne donne pas. Tous les contrats marchent donc aujourd'hui sous l'influence des mêmes règles de loyauté, d'équité, et sous la certitude d'une égale protection.

473. Maintenant, il faut nous arrêter aux manquements dans lesquels les art. 1912 et 1913 aperçoivent une cause de résolution.

Le premier se réalise quand le débiteur ne paye pas les arrérages pendant deux ans. Le créancier n'a abandonné son capital que dans la confiance qu'il en percevrait chaque année le revenu. Il doit donc pouvoir le reprendre dès qu'il éprouve des retards préjudiciables, et que le débiteur agit comme s'il n'était pas lié par son obligation principale [3].

Le droit canonique n'avait pas admis cette cause de résolution, afin de mieux enlever à la constitution de rente toute ressemblance avec le prêt. L'ordonnance de 1629, art. 149, avait même cherché à en abolir l'usage dans le ressort de certains parlements où elle était pratiquée. Mais elle n'avait réussi qu'en partie. On ne la suivait pas à Toulouse [4]; et en Bretagne on tenait que l'accumulation des arrérages pendant cinq ans autorisait le créancier à demander la résolution [5], sauf au débiteur à purger la demeure en payant l'arriéré et les dépens [6]. Du reste, la coutume était, dans toute la France, d'insérer dans les contrats de constitution la clause que, faute par le débiteur de servir la rente pendant deux ou trois ans, le créancier pourrait en exiger le remboursement [7].

Le Code a pensé qu'une contumace de deux ans était bien suffisante pour éveiller de justes et sérieuses inquiétudes, et que le débiteur récalcitrant pendant ce temps donnait au créancier le droit de rompre ses engagements : il autorise en conséquence l'action en résolution lorsque les arrérages ne sont pas payés pendant deux ans.

474. Mais ce délai est-il fatal, de telle sorte qu'une sommation ne soit pas nécessaire, et qu'après l'expiration de ce délai le débiteur ne soit pas reçu à purger la demeure par des offres? le juge ne peut-il pas lui accorder un temps de grâce?

Une distinction est nécessaire pour répondre à cette question : il faut voir si la rente est portable ou quérable.

Si elle est portable, l'affirmative est décidée par tous les auteurs [8] et par les arrêts [9].

La première fois que la question se présenta à la cour de cassation, il s'agissait d'un créancier qui, après trois ans écoulés sans payement des arrérages, avait agi par voie de contrainte et fait commandement au débiteur de payer arrérages et capital. Ce dernier soutenait que si le remboursement pouvait être exigé, ce ne pouvait être que par une action ordinaire, attendu que les tribunaux avaient le droit d'accorder un délai pour purger la demeure.

Mais la cour de cassation, se fondant sur les termes de l'art. 1912, *peut être contraint au rachat s'il cesse*, décida que, par la force de ces expressions, le débiteur est obligé au remboursement, comme si la

[1] Mon *Comment. de la vente*, n° 621.
[2] L. 1, Dig., *de condict. causa data*.
[3] Merlin, *Répert.*, v° *Rente constituée*, § 10, n° 2.
[4] *Id.*, *loc. cit.* — Catellan, liv. 5, ch. 20.
[5] Duparc-Poullain, t. 3, p. 67, n° 55.
[6] *Id.*
[7] Catellan, liv. 5, ch. 20. — Merlin, *loc. cit.*, n° 3.
[8] Merlin, *Répert.*, v° *Rente constit.*, § 10, n° 3. — Toullier, t. 6, n° 559. — Duranton, t. 17, n° 616. — Zachariæ, t. 3, p. 102.
[9] Cass., 4 nov. 1812. (*Répert.*, v° *Rente constituée* § 12, art. 5, n° 2.) — Cass., 12 juillet 1813. (*Répert.*, v° *Rente de dons et legs*, n° 2.) — Dalloz, v° *Rente*, p. 371. — Cass., 8 avril 1818. (Dalloz, *loc. cit.*) *Pasicrisie*. — Cass., 10 nov. 1818. (Dalloz, *loc. cit.*) *Pasicrisie*. — Cass., 16 déc. 1818. (Dalloz, *loc. cit.*) *Pasicrisie*. — Cass., 25 nov. 1839. (Devill., 40, 1, 252.) — Caen, 3 août 1827. (Sirey, 28, 2, 140.)

clause était écrite dans le contrat, et que, par suite, le titre est exécutoire par toutes les voies de droit; que l'art. 1184, d'après lequel on doit se pourvoir par action dans le cas d'une clause résolutoire sous-entendue, n'est pas applicable dans les cas prévus par les art. 1912 et 1913, qui sont constitutifs d'un droit particulier [1].

Ainsi donc il est jugé que les art. 1912 et 1913 dérogent au principe général posé dans l'art. 1184, et se rallient au système édicté par l'art. 1183 et 1139 pour les clauses résolutoires écrites [2]. Par le défaut de payement pendant deux ans, le contrat est virtuellement résolu, et le créancier peut procéder *recta via* par les moyens de contrainte, sans être tenu de faire une sommation ou un autre acte de mise en demeure avant de faire le commandement.

475. Sur quoi ce droit spécial est-il fondé?

La cour de cassation a dit, dans son arrêt du 8 avril 1818 [3], que l'art. 1184 n'est pas applicable parce qu'il s'agit ici d'un prêt qui est un contrat unilatéral, et que la disposition de l'art. 1184 ne concerne que les contrats synallagmatiques. Mais cette raison n'en est pas une. Dans l'ancien droit français, où la rente constituée avait le caractère unilatéral autant qu'aujourd'hui [4], le débiteur pouvait purger la demeure d'après un système conforme à l'art. 1184 du Code civil [5]. D'ailleurs, nous avons vu au n° 472 que les art. 1184, 1912 et 1913 partent d'une même pensée et d'une même source, et que, s'ils diffèrent, ce n'est pas en principe, c'est seulement dans le mode de faire opérer la clause résolutoire.

476. Zachariæ a cherché un autre motif. Voici comment il s'exprime : « La raison en » est, dit-il, qu'il s'agit moins de prononcer » une résolution du contrat que de relever » le créancier de la renonciation condition- » nelle par lui faite à la faculté d'exiger son remboursement [6]. » Ce langage ne me semble pas d'une facile intelligence. Pourquoi le créancier a-t-il renoncé lors du contrat à exiger son remboursement? parce qu'il a voulu faire, non pas un prêt proprement dit, mais un placement en rente. Or, qu'est-ce que relever le créancier de sa renonciation au remboursement, sinon le relever de l'engagement essentiel qui caractérise le contrat de rente constituée, et, par suite, résoudre ce contrat? Il est évident que, sous tous ces artifices de paroles, la résolution se montre comme l'unique question, comme le seul point dominant. Du reste, si l'on veut prendre la peine de lire les arrêts, on se convaincra que c'est à une résolution de contrat que la cour de cassation a tout ramené dans ces sortes d'affaires [7]. C'est aussi comme résolution du contrat que la situation avait été envisagée par Duparc-Poullain. Il n'y a pas d'autre manière de la prendre.

477. Les raisons données tant par la cour de cassation que par Zachariæ sont donc peu satisfaisantes. Il serait peut-être plus vrai de dire que, dans des rapports de créancier à débiteur qui se renouvellent tous les ans et doivent durer indéfiniment, la loi a pensé qu'il fallait se montrer sévère envers le débiteur, afin que sa contumace n'embarrassât pas par des retards sans cesse renaissants le crédirentier qui compte sur son revenu, et ne convertît pas la perception régulière de la rente en une source de difficultés, d'inquiétudes et de contestations.

478. Tel est donc le point de droit, quand la rente est portable. Personne ne le conteste plus aujourd'hui. Il ne cesserait d'être applicable qu'autant que ce serait par la faute du créancier que le débiteur n'aurait pas exactement payé les arrérages [8] : par exemple, si le crédirentier n'avait pas fait connaître son nouveau domicile [9]; ou si, ayant stipulé que la rente serait portée au

---

[1] Le capital devient exigible *vi legis*, si le débiteur manque de fournir les sûretés promises. La compensation s'opère à l'époque de l'aliénation ou du morcellement, et non du jour seulement de la demande en remboursement. Il en est de même en cas de morcellement des biens donnés en hypothèque pour sûreté de la rente. (Br., 13 juill. 1830; *J. de Br.*, 1830, p. 193. Mais *voy.* Br., 14 fév. 1816; *Pasicrisie*, à cette date.)

[2] *Voy.* dans mon *Comment. de la vente*, n° 61, cette différence entre les manières dont opère la clause résolutoire écrite et la clause résolutoire sous-entendue.

[3] Elle l'a répété dans son arrêt du 10 nov. 1818. — La cour d'Aix a fait le même raisonnement dans son arrêt du 28 avril 1813. (Dalloz, *Rente*, p. 23, 373, note.) Duranton, t. 17, n° 616.

[4] T. 3, p. 102, note 3.

[5] *Supra*, n° 422.

[6] *Supra*, n° 473.

[7] *Junge* Aix, 28 avril 1813. — Dalloz, *Rente*, p. 23, 373.

[8] Civ. rej., 31 août 1818. *Pasicrisie*. — Caen, 13 avril 1824. *Pasicrisie*.

[9] Req., 19 août 1831.

domicile d'un fondé de pouvoir, le créancier a laissé ignorer au débiteur le remplaçant de ce mandataire, révoqué ou décédé [1].

479. Si la rente est quérable, c'est-à-dire payable au domicile du débiteur, la jurisprudence a établi que le créancier ne peut exiger le remboursement qu'autant qu'il prouve, par des moyens réguliers, qu'il s'est présenté à ce domicile pour recevoir ce payement. On comprend tout de suite la nécessité de ce tempérament. Un fait du créancier est nécessaire pour que le payement s'effectue; lors donc qu'il vient se plaindre de n'avoir pas été payé, il est de toute justice qu'il démontre que ce n'est pas par sa négligence à se présenter au lieu du payement que le débiteur ne s'est pas libéré [2].

480. Une sommation est donc nécessaire; il faut qu'elle soit faite par un huissier porteur des pièces, afin de recevoir et de donner quittance. C'est par là que le créancier prouvera sa diligence et la contumace de son adversaire.

481. Mais si l'huissier n'avait pas mandat de recevoir, s'il n'était pas en mesure de pouvoir donner quittance, nul reproche ne saurait être fait au débiteur. Il serait dans son droit en ne vidant pas ses mains [3].

482. Une fois la sommation faite par un mandataire habile à recevoir, si le débiteur ne paye pas à l'instant, sera-t-il de plein droit en état de déchéance? ou bien pourra-t-on recevoir ses offres dans un temps postérieur, arbitré avec modération [4]?

La cour de Caen a décidé l'affirmative par un arrêt du 20 mars 1839 [5], motivé de manière à démontrer que les circonstances particulières de la cause ont exercé une grande influence sur l'esprit des juges. J'aurais désiré que l'arrêtiste les eût fait connaître; mais sa notice manque entièrement de l'exposé du point de fait!

Un arrêt de la cour de Bourges du 7 décembre 1820 [6] est rendu dans les mêmes idées de faveur; on aperçoit, par le détail des faits soigneusement analysés dans les considérants, que la cour, en recevant des offres faites huit jours après un commandement donné à un lieu où le payement ne se faisait pas d'habitude, a été mue par la crainte de rendre le débiteur victime d'une

---

[1] Req., 5 déc. 1833. (Devill., 34, 1, 300.) — Une rente, bien que stipulée portable, n'est point remboursable par le seul défaut de payement des intérêts pendant deux ans, si les héritiers au profit de qui elle était originairement constituée, ou leurs cessionnaires, sont étrangers à la commune où le payement devait s'effectuer, et n'ont indiqué aux débiteurs de la rente aucun lieu où devrait s'en faire le payement. Il faut nécessairement, dans ce cas, une sommation à l'effet de mettre les débiteurs de la rente en demeure. (Br., 18 avril 1831; *J. de Br.*, 1831, 1re, p. 116; Dalloz, t. 23, p. 379 et 385.)

Il n'y a pas lieu de contraindre au rachat de la rente, le débiteur qui a cessé de remplir ses obligations pendant deux ans, lorsqu'il n'a jamais acquitté les arrérages de la rente et qu'il a eu des motifs plausibles de la contester (Liége, 30 juillet 1814; *Pasicrisie belge*, à cette date. 2 juin 1830; Dalloz, t. 23, p. 379.)

Il n'y a pas lieu de contraindre au rachat le débiteur qui a cessé de remplir ses obligations pendant deux années, lorsqu'il n'a jamais fait le service de la rente et qu'il a eu des raisons plausibles de la contester. (Liége, 30 juill. 1814; *Pasicrisie belge*, à cette date.)

Les héritiers du créancier d'une rente ne peuvent, s'ils ne se sont pas fait connaître au débiteur, invoquer contre lui le défaut de payement des intérêts depuis la mort de leur auteur, pour le contraindre au remboursement du capital. Lorsque l'acte de constitution de rente porte que l'intérêt fixé à tel taux déterminé sera réduit à tel autre taux si le débiteur paye dans les six semaines, ou dans tel autre délai après l'échéance, on ne peut le contraindre au payement avant que ce délai soit expiré. On ne peut non plus le condamner au remboursement du capital, que lorsqu'il a laissé écouler, sans remplir ses obligations, non-seulement deux années, mais en outre le délai pendant lequel il pouvait se libérer en payant le moindre intérêt. L'offre de payement bien que non suivie de consignation sur le refus du créancier de recevoir la somme offerte, suffit pour que le débiteur ne soit pas constitué en demeure. (Br., 30 déc. 1829; *J. de Br.*, 1830, 1re, p. 218; et *voy.* 1820, 1re, p. 311.)

Celui qui n'a fait signifier un contrat d'acquisition de rente qu'à un des héritiers du débiteur détenteur de l'hypothèque, ne peut réclamer, pour défaut de payement pendant deux ans, le remboursement de la rente, lorsqu'il agit contre lesdits héritiers par action personnelle. (Br., 27 janv. 1829.)

[2] Cass., 12 mai 1819. (Dalloz, *Rente*, 23, 379). — Cet arrêt casse. — Autre arrêt (rejet), 28 juin 1836. (Dev., 36, 1, 690.) — Aix, 10 déc. 1836. (Devill., 37, 2, 120.) — Caen, 20 mars 1839. (Devill., 39, 2, 431.) — Br., 19 mars 1828. (*J. de Br.*, 1825, 2, 262.) — Toullier, t. 6, nº 559. — Zachariæ, t. 3, p. 105. — *Contra*, Aix, 28 avril 1813, et Douai, 17 nov. 1814. (Dalloz, *Rente*, 23, 376), qui décident que la résolution a lieu de plein droit.

[3] Aix, 10 décembre 1836. (Devill., 37, 2, 120.)

[4] Dans le cas même où la rente serait quérable, des offres faites par le débiteur après la citation en conciliation sur la demande en remboursement, et notamment si elle est suivie d'une assignation aux mêmes fins devant le tribunal civil, ne peuvent avoir pour effet de purger la demeure. (Br., 13 mai 1817; *Pasicrisie belge*, 17 mars 1823; *J. de Br.*, 1823, 2e, p. 242.)

Une simple sommation de payer les arrérages échus ne constitue pas suffisamment le débiteur en demeure, s'il ne résulte pas de l'exploit que ce dernier ait refusé d'y satisfaire. Le débiteur peut échapper à l'obligation de rembourser le capital, en offrant le payement des arrérages le lendemain de pareille sommation. (Br., 19 mai 1815 et 19 mars 1823; *J. de Br.*, 1825, 2e, p. 262; Merlin, *Répert.*, t. 28, p. 224; Duranton, t. 9, nº 620, p. 449. *Voy.* en sens contraire, Dalloz, t. 23, p. 369, nº 22.)

[5] Devill., 39, 2, 431.

[6] Dalloz, 28, 2, 211. — Sirey, 29, 2, 210.

surprise et d'une erreur [1]. Sous ce rapport, son arrêt ne saurait être critiqué. Il ne faut pas que le créancier soit autorisé à tenir une conduite qui fasse tomber le débiteur dans un piége. Ainsi, par exemple, avec la meilleure volonté du monde de se libérer, le débiteur qui a attendu le créancier au jour fixé sans le voir venir, a pu quitter son domicile pour ses affaires, et se trouver absent le jour où l'huissier est venu requérir à l'improviste le payement. Il serait contraire à toutes les règles de la justice que le créancier spéculât sur ces circonstances, et s'en fît un moyen de résolution.

Mais en thèse de droit pur, et à part les circonstances de faveur qui établissent que si le payement n'a pas eu lieu, c'est par la faute du créancier, l'opinion qui tendrait à faire suivre la sommation d'un délai de droit ne saurait être admise; et comme je crains qu'elle ne trouve quelque appui dans l'arrêt de la cour de Caen, cité il n'y a qu'un instant, j'insiste pour dire que cette opinion, si elle était adoptée, renverserait les bases des art. 1912 et 1913. On oublie, en effet, que la sommation n'est exigée ici que comme preuve de la diligence des créanciers, et non pas comme conséquence d'un système ayant pour but d'énerver les articles 1912 et 1913, et de revenir à celui de l'art. 1184 du Code civil. Que la rente soit quérable, qu'elle soit portable, le débiteur doit toujours être prêt à l'échéance; l'échéance du terme l'interpelle; un acte de sommation n'est requis, au cas de rente quérable, que dans l'unique but de prouver que le créancier était présent sur les lieux le jour fatal pour recevoir son payement.

483. On a vu que c'est le laps de deux années écoulées sans payement qui fait tomber le débiteur en commise. Ceci paraît clair et n'avoir pas besoin de commentaire.

Et toutefois, on a trouvé moyen de faire de cette disposition de l'art. 1912 un sujet de difficultés.

Par exemple, on a soutenu, et l'on a même fait décider [2] qu'il faut que trois années se soient écoulées sans payement. Voici comment on raisonnait : L'art. 1912 autorise la demande en remboursement, non pas quand il y a deux années d'arrérages échus, mais seulement lorsque le débiteur a cessé de remplir ses engagements pendant deux ans. Quand donc le débiteur est-il censé n'avoir pas rempli ses engagements? Évidemment ce n'est que lorsque les arrérages sont échus que commence l'obligation de payer. Or, les arrérages ne sont dus qu'à la fin de chaque année : par exemple, la rente de 1822, le 31 décembre 1822; celle de 1823, le 31 décembre 1823. Il suit de là que le débiteur en retard n'a commencé à ne pas remplir son obligation qu'à partir du 31 décembre 1822; et comme, pour tomber en commise, la loi exige deux cas de retard, la conséquence est qu'il faut ajouter deux ans au 31 décembre 1822, puisque ce n'est qu'à partir de ce moment que le débiteur a commencé à ne pas remplir ses obligations.

Ainsi a argumenté la cour de Caen. Mais son arrêt a été cassé [3], et devait l'être. Rien de plus clair que la pensée de la loi. Quand le créancier est en retard de recevoir deux arrérages, il y a contumace du débiteur, et le droit de demander le remboursement peut se mettre en action [4].

484. On a examiné la question de savoir si les deux années de retard doivent être consécutives, et la controverse s'est engagée à ce sujet [5]. Par exemple : le débiteur ne paye pas en 1831, puis il paye en 1832, mais il ne paye pas en 1833 : pourra-t-on ajuster 1831 à 1833 pour composer le total de deux années?

A mon avis, c'est là une de ces thèses d'école qui détournent l'esprit des véritables et sérieuses difficultés dont la science et la pratique du droit sont hérissées. Où trouvera-t-on un créancier qui consente à recevoir 1832 quand 1831 lui est encore dû?

Sans doute, répond Duranton, si l'imputation dépendait du créancier! Mais elle dépend du débiteur, et ce dernier est autorisé à choisir l'année d'arrérage sur laquelle il veut que porte le payement, de préférence à telle autre [6].

---

[1] *Voy.* Br., 1re chambre, 1844; *J. de Br.*, 1845, 1er cah.

[2] Caen, 26 juill. 1820.

[3] Par arrêt du 12 nov. 1822. *Pasicrisie.*

[4] Duranton, t. 17, nº 617. — Zachariæ, t. 3, p. 103, note 4. — Duvergier, nº 344.

[5] Consécutives : Duranton, t. 17, nº 618. — Zachariæ, t. 3, p. 102. — *Contra*, Duvergier, nº 618.

[6] T. 12, nº 206. — T. 17, nº 618

Cette explication ne me touche guère. J'aime mieux, je l'avoue, celle de Dumoulin [1], de Pothier [2] et autres [3], qui enseignent que le créancier ne saurait être tenu de recevoir les dernières années avant les précédentes. Car il ne faut pas que le débiteur porte le désordre dans les comptes du créancier en intervertissant ainsi la série des années. Il ne faut pas surtout que, par une imputation astucieuse sur les années les plus récentes, il se procure une présomption qu'il a payé les années les plus anciennes [4]. « *Tum ne conturbet rationes suas*, » dit Dumoulin, *tum ne oriatur præsumptio* » *pro præcedentibus terminis*. »

485. Comme la commise prononcée par l'art. 1912 est une innovation, on a demandé si on devait l'appliquer aux rentes constituées avant le Code, lorsque depuis la mise en vigueur de cet article le débiteur a cessé pendant deux ans de remplir ses obligations.

L'affirmative est invariablement décidée par la cour de cassation [5], et sa jurisprudence a l'assentiment de Merlin [6], Toullier [7], Delvincourt [8]; mais elle est combattue par Chabot [9] Duranton [10] et Proudhon [11], etc. Nous pensons que c'est sans fondement qu'on s'élève ici contre l'autorité des arrêts. De quoi s'agit-il? d'une cause de résolution naissant de faits d'exécution postérieurs au contrat et qualifiés par la loi nouvelle. Or, l'exécution des contrats se règle par la loi vivante à l'époque où l'exécution est réclamée [12].

486. Il reste à savoir maintenant si l'obligation de rembourser est applicable au débiteur d'une rente de don et legs, ou bien encore au débiteur d'une rente foncière, qui a cessé de remplir ses obligations pendant deux ans.

En ce qui concerne le débiteur d'une rente à titre gratuit, la question s'est présentée à la cour de cassation, et elle a été jugée contre le débiteur par arrêt du 12 juillet 1815 [13]. En 1781, la demoiselle de Becthomas avait fait donation entre-vifs à Frondeville d'une rente de 5,000 livres, avec hypothèque. Le capital de cette rente était fixé à 150,000 livres, c'est-à-dire sur le pied du denier 30.

Après le décès de la demoiselle de Becthomas, la rente passa pour partie à un sieur Godard. Mais ce dernier ayant cessé de payer pendant cinq ans, Frondeville le poursuit par voie de saisie immobilière, pour obtenir le payement des arrérages et le remboursement du principal, conformément à l'art. 1912 du Code civ.

Après diverses procédures, l'affaire se trouve portée devant la cour de Rouen, qui condamne Godard au remboursement, et l'affaire vient en conclusion devant la chambre civile de la cour.

Joubert, avocat général, disait en substance, dans ses conclusions tendant à la cassation :

L'art. 1912 contient une clause de rigueur. Il n'a été fait que pour les rentes constituées moyennant un prix, et non pas pour les rentes provenant de la pure libéralité des débiteurs. Pourquoi donc l'étendrait-on par analogie à ces dernières? *Odia restringenda*.

L'art. 1912, corollaire de l'art. 1184, a voulu que, lorsque l'un des contractants a donné son argent pour une rente et que la rente n'est pas servie, les parties soient remises au même et semblable état qu'avant le contrat. Mais à quel résultat absurde n'arriverait-on pas si on considérait cet article 1912 comme la loi d'une rente de don et legs? Que serait-ce que remettre les parties au même et semblable état qu'avant la donation, sinon donner au donateur la récompense d'une rétractation répréhensible de sa libéralité? Rien de plus naturel que l'art. 1912, quand on l'applique à un débiteur qui a reçu un capital et n'en fournit pas l'équivalent. Mais quelle apparence que

[1] *De divid. et individ.*, p. 2, nº 44.
[2] *Oblig.*, nº 539.
[3] Toullier, nº 70.
[4] L. penult. C., *de apoch. public.*
[5] *Voy.*, dans le même sens, Br., 19 janv. 1815; Br. cass., 5 mai 1820 et une foule d'arrêts cités dans la *Pasicrisie belge*; la question a été longtemps débattue en sens divers devant cette cour. *Contra*, La Haye, 16 mai 1823. *Pasicrisie belge*, à cette date.
[6] *Répert.*, vº *Rente constituée*, § 12, nº 3, et vº *Effet rétroactif*, t. 16, p. 260, 261. Il cite les arrêts.
[7] T. 6, nº 250.
[8] T. 3, notes, p. 413.
[9] *Quest. transit.*, vº *Rente constituée*, § 3.
[10] T. 17, nº 613.
[11] *Des personnes*, t. 1, p. 64 et 65.
[12] Mon *Comment. du louage*, nº 46.
[13] Merlin est le seul qui ait rapporté cet arrêt important avec les plaidoiries et les conclusions. (Vº *Rente de don et legs.*) — Devill., *Pasicrisie*, a donné l'opinion de Joubert. — Dalloz a été plus succinct, *Rente*, p. 391, note 1.

le législateur ait entendu l'appliquer à une personne qui donne généreusement à une autre une portion de son revenu?

On objecte que l'art. 1913 est évidemment applicable à la rente de don et legs, et que, puisque la faillite du donataire rend le capital exigible, il n'y a pas de raison pour écarter l'art. 1912.

Mais il n'est pas certain que l'art. 1913 puisse être invoqué et appliqué; car l'étendre aux rentes dont il s'agit aurait pour conséquence de traiter le créancier de ces rentes plus favorablement que les créanciers de rentes viagères à titre onéreux. Ce dernier, quoiqu'il ait fourni un capital qui est peut-être son unique ressource, ne peut pas exiger son remboursement, même en cas de faillite du débiteur. Pourquoi le donataire d'une rente en perpétuel, qui n'a rien déboursé, serait-il traité plus favorablement?

Malgré ces raisons fort graves, le pourvoi fut rejeté par la chambre civile le 12 juillet 1813. Il eût été plus facile, à mon sens, de motiver une cassation [1]; et si aujourd'hui une cour royale décidait, contrairement à l'arrêt du 12 juillet 1813, que l'article 1912, placé sous la rubrique du prêt et faisant suite à l'art. 1909, qui suppose qu'un capital a été fourni, ne concerne pas les rentes gratuitement constituées, je ne sais comment il serait possible de ne pas rejeter le pourvoi.

Deux raisons capitales me paraissent se réunir à l'argument du texte pour ne pas faire peser sur ces sortes de rentes l'article 1912.

Pourquoi l'art. 1912 a-t-il autorisé le remboursement d'une somme aliénée et naturellement inexigible? Parce que, comme le dit Pothier, on suppose que le créancier n'a *donné son argent* que pour avoir la rente [2], et que s'il n'a pas la rente, il faut qu'il reprenne son argent. C'est dire, en d'autres termes, que l'art. 1912 revient à une résolution du contrat. Or est-il possible de faire résoudre une donation pour manquement du donateur à ses engagements? Ne serait-ce pas l'autoriser à donner et à retenir? N'a-t-on pas contre lui l'action ordinaire pour le forcer à tenir sa promesse? N'est-il pas clair que la résolution ne saurait avoir lieu que lorsque c'est le donataire qui n'exécute pas les charges de la donation? N'est-il pas de principe qu'on poursuit une résolution, non contre celui qui a donné, mais contre celui qui a reçu?

De plus, l'art. 1912, en tant qu'il organise une résolution de contrat, dépasse de beaucoup en sévérité tout ce que l'art. 1184 nous a appris sur les résolutions tacites; il contient une disposition toute spéciale, tout exceptionnelle, dont on ne peut expliquer la rigueur que lorsqu'il s'agit d'un débiteur qui a reçu un capital et n'en rend pas l'équivalent. Mais quand le débiteur est un donateur généreux et auquel le donataire doit des égards et de la reconnaissance, l'art. 1912 n'est plus si facile à comprendre. Juste dans son cas précis, il prend une couleur odieuse dans celui auquel l'arrêt du 12 juillet 1813 l'a étendu.

Dans les plaidoiries devant la cour de cassation, on avait cherché à tirer avantage de ce que la rente de don et legs est rachetable, comme la rente à titre onéreux [3]. Sans doute! mais c'est dans l'intérêt du débiteur que le principe du rachat a été porté. Il ne faut pas le tourner contre lui.

Enfin la cour de cassation a plusieurs fois jugé que l'art. 1912 est spécial pour le *prêt à intérêt* [4]; qu'à ce titre il ne concerne pas la rente foncière. Pourquoi donc serait-il la loi de la rente à titre gratuit?

487. Au reste, ces difficultés n'existent pas quand la rente constituée a pour capital un prix de vente; elle ne diffère en rien des rentes constituées ordinaires [5].

Et non-seulement le créancier pourrait agir, après deux ans d'arriéré, pour se faire payer le capital dû; mais il lui serait libre d'opter pour la résolution même et sa réintégration dans son immeuble [6]; car la conversion du prix en rente n'a été qu'un mode

---

[1] Duranton, t. 17, n° 622, et Duvergier, n° 364, combattent aussi cet arrêt.

[2] N° 48.

[3] Arg. des art. 530 et 1911, Code civ. Mais *voy.* surtout art. 872, Code civ. — Consultez *supra*, n° 417, et Championnière, *Traité des droits d'enregist.*, t. 2, n° 1328.

[4] *Voy.* not. sur arrêt de cassation du 28 juill. 1824, Dalloz, *Rente*, p. 363.

[5] Il n'y a pas lieu, en cas d'inexécution des conventions, de prononcer la résolution d'un contrat par lequel le propriétaire déclare transférer la propriété d'un immeuble, moyennant une somme capitale qui est ensuite convertie par le même acte, en rente perpétuelle. (Liége, 7 juillet 1825; *Rec. de Liége*, t. 9, p. 204. *Voy.* Duvergier. *Du prêt*, n° 365.)

[6] Mon *Comment. de la vente*, t. 2, n° 649.

de payement et n'a pas eu pour but de faire une novation [1]. Seulement on rentre sous l'empire des art. 1654, 1655, 1656 du Code civil, lesquels deviennent la loi des parties.

488. Si la rente était foncière, c'est-à dire qu'elle fût réellement le prix du fonds vendu, et non pas le prix du prix, pourrait-on lui appliquer la règle des deux années d'arrérages?

Je ne le crois pas, et la jurisprudence est formelle en ce sens [2]. Jourdan a cependant soutenu le contraire dans la *Thémis* [3]. Mais la comparaison des art. 530, paragraphe final, et 1911, § 2, prouve que le Code civil n'a pas voulu assimiler la rente foncière à la rente constituée; et, dès lors, on ne voit pas pourquoi l'art. 1912, avec ses rigueurs exceptionnelles, serait plus applicable à la rente foncière que l'art. 1911. Le crédirentier foncier se trouve suffisamment protégé par le droit commun en matière de vente. Il n'a pas besoin de plus amples garanties [4].

489. Venons à la seconde cause de résolution prévue par l'art. 1912. Elle se rencontre quand le débiteur manque de fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

Souvent on exige de lui des hypothèques spéciales, ou un emploi des deniers reçus. L'art. 1912 ne fait que rentrer dans le droit commun, dont il était un moment sorti dans son paragraphe premier, en ouvrant le droit de demander la résolution. Telle était aussi l'ancienne jurisprudence [5], malgré son aversion pour le remboursement non spontané du capital. Mais elle avait considéré que c'était la faute du débiteur qui donnait lieu à la répétition, et cette raison décisive avait fait taire les scrupules.

490. De même, la rente se convertit en obligation pure et simple et devient forcément remboursable si le débiteur diminue les sûretés qu'il a données, en dégradant les immeubles, en détruisant les maisons, en coupant les futaies sans remplacement [6], en se laissant exproprier [7]. L'art. 1912 n'a pas expressément prévu le cas de diminution; mais son esprit le décide [8].

491. Le débiteur est-il censé avoir diminué les sûretés promises lorsqu'il a vendu un immeuble hypothéqué à la rente? La possibilité de voir l'hypothèque purgée par l'acquéreur suffit-elle pour donner au créancier le droit de résolution?

J'ai touché cette question dans mon *Commentaire des hypothèques* [9], auquel je renvole [10].

492. Du reste, tout le monde s'accorde à reconnaître que la diminution des sûretés et hypothèques par cas fortuit et force ma-

---

[1] Championnière, *Traité des droits d'enregist.*, t. 2, nº 1317. — Pothier, *Oblig.*, nº 595. — Je cite, dans mon *Comment. de la vente, loc. cit.*, un arrêt de Bourges contraire à l'opinion de Toullier, t. 7, nº 305, Duranton, t. 16, nº 370, et un peu à celle de Pothier, *loc. cit.*

[2] Req., 5 mars 1817. (Devill., 5, 1, 291.) Rejet d'un arrêt de Toulouse. — Req. civ., 28 juillet 1824. (Dalloz, *Rente*, p. 390.) Il casse une décision qui avait appliqué l'art 1912. — *Id.* Br., 24 avril 1818. *Pasicrisie belge.* — *Id.* Caen, 13 mars 1815. *Pasicrisie belge.* — *Id.* Bourges, 12 avril 1824. *Pasicrisie belge.* — *Id.* Paris, 8 janvier 1825. *Pasicrisie belge.*

[3] T. 5, p. 321.

[4] En ce sens Delvincourt, t. 8, notes, p. 332; Duranton, t. 4, nº 147, et t. 17, nº 622; Duvergier, nº 365; Fœlix et Henrion, nºs 40 et 194. — *Junge supra*, nº 424.

[5] *Voy.* Duparc-Poullain, t. 3, p. 66, nºs 32 et 33. — Pothier, nº 48.

[6] Duparc-Poullain, *loc. cit.*, nº 33.

[7] Pothier, nº 49.

[8] Arg. de l'art. 1188.

[9] Nº 544. *Junge* Duranton, t. 10, nºs 126 et suiv. — *Id.* Delvincourt, t. 2, p. 492. — *Id.* Duvergier, *Prêt*, nº 341. — *Id.* Devilleneuve sur l'arrêt de la cour de cass. du 9 janv. 1840.

[10] En cas de vente d'une partie des immeubles affectés pour sûreté d'une rente, le débiteur peut être contraint au rachat, si le capital et les intérêts échus de la rente excèdent le prix des biens vendus par un seul et même acte. Il en est de même, bien que lors de la vente de ces immeubles il ait été stipulé qu'ils ne pourraient être purgés de l'hypothèque dont ils sont affectés pour sûreté de la rente. (Br., 16 nov. 1826; *J. de Br.*, 1827, 1, 414.)

Le débiteur qui a consenti hypothèque générale sur ses biens présents et futurs, pour garantie du payement d'une rente, et qui vend l'un d'eux, quoique non spécialement affecté, sans charger l'acquéreur du service de la rente, ni l'obliger à reconnaître l'hypothèque, est tenu au remboursement. (Liége, 14 août 1841; *J. de Br.*, 1842, p. 61.)

Un crédirentier n'est pas autorisé à demander le remboursement du capital de la rente qui lui est due, par cela seul qu'une partie de l'hypothèque donnée en garantie a été aliénée, lorsqu'une moitié de la rente a déjà été remboursée, et que l'acquéreur de la partie vendue, plus que suffisante pour couvrir le capital et les intérêts du restant de la rente, a pris cette rente à sa charge. (Br. cass., 15 avril 1825; *J. du* XIXᵉ *s.*, 1825, 3ᵉ, p. 149; Dalloz, t. 23, p. 370, nº 26; Duranton, t. 9, p. 443, nº 628.)

Pour que la diminution de la valeur de l'hypothèque donnée pour sûreté d'une rente puisse donner lieu à ordonner le remboursement de cette rente, il faut que l'hypothèque, par suite de cette diminution de valeur, soit devenue insuffisante (Br., 28 juill. 1830; *J. de Br.*, 1830, 2ᵉ, p. 174). Il n'y aurait pas lieu au remboursement au cas où la partie de biens vendue l'aurait été pour un prix qui suffirait amplement au remboursement du capital

jeure n'est pas une cause de résolution [1]. Il faut une faute du débiteur. Mais si c'est un incendie, une inondation, un ravage de guerre qui détruisent la forêt ou la maison hypothéquée à la rente, le débiteur est assez à plaindre d'un événement de cette nature, sans subir encore la rigueur d'un remboursement.

493. Lorsque le débiteur a violé ou méconnu les garanties promises et qu'il est assigné en franchissement de la rente, il n'est plus à temps de les rétablir pour faire cesser les poursuites [2]. Dans l'ancien droit il n'en était pas ainsi; et, pourvu que le débiteur payât les dépens, il était renvoyé de la demande [3]. Nous avons vu ci-dessus que notre article est conçu dans des idées plus sévères [4]. Les manquements du débiteur donnent au créancier un droit de résolution, dont les événements ultérieurs et tardifs ne peuvent le priver [5].

494. Ici se reproduit la question de savoir si le deuxième paragraphe de l'art. 1912 est applicable au cas de rente gratuite.

Joubert, dans ses excellentes conclusions dont je parlais au numéro 486, a soutenu la négative. Notre paragraphe se sert, en effet, d'un mot qui ne saurait concerner le crédirentier qui n'a pas fourni de capital : « *s'il* » *manque à fournir au prêteur!* »

Joubert ajoutait ensuite avec beaucoup de sens : « Supposons que la donatrice se » soit trompée sur les sûretés dont elle a » voulu environner sa libéralité, et que la » terre du Becthomas, qu'elle avait hypothé» quée comme libre, ne le fût pas; dans ce » cas le donataire pourrait-il poursuivre sa » bienfaitrice en stellionat? Mais ne repous» serait-on pas le donataire ingrat, en lui » disant : De quoi vous plaignez-vous? De ce » que le bien qu'on a voulu faire n'est pas » assez grand? On a pu se dispenser de vous » donner aucune sûreté, et vous ne pouvez » pas dire que vous n'auriez pas contracté » sans cela. »

Dans le cours des plaidoiries, on a allégué que dans l'ancien droit on jugeait qu'une rente léguée était remboursable, si les biens hypothéqués à la sûreté de la rente étaient mis en décret; que Rousseau-Delacombe rapporte [6] un arrêt du parlement de Paris, du 3 juillet 1730, qui le décide ainsi. Cette citation prouve qu'on n'a pas entendu l'arrêt du parlement et le passage de Rousseau-Delacombe. D'abord, il s'agissait d'un décret volontaire et non pas d'un décret forcé, comme le laisse entendre la citation. Une maison, située à Ville-d'Avray, et hypothéquée par hypothèque générale à une rente de 60 livres au profit de la fabrique, avait été vendue à l'amiable à un sieur Baudouin, qui voulait purger. Alors s'éleva la question de savoir s'il pouvait amortir la rente en payant le capital, ou s'il devait continuer de la servir. Baudouin soutenait qu'il était en droit de racheter. Au contraire, la fabrique prétendait que la rente, étant pour cause pie, n'était pas remboursable comme une rente constituée. L'arrêt précité donna gain de cause à Baudouin. Ainsi la question de rachat fut décidée, non pas en faveur du créancier de la rente, mais dans l'intérêt du débiteur. On a pris le contre-pied de cette décision.

Je suis donc très-porté à croire que le deuxième paragraphe de notre article ne pourrait être imposé sans abus d'interprétation au cas d'une donation pure et simple.

Je ne voudrais cependant pas le décider ainsi si la donation était avec charge, et se rapprochait par là du *do ut des* et de la rente constituée moyennant un prix; ou bien si elle était faite en faveur de mariage; car de telles donations sont en quelque sorte considérées comme onéreuses à raison des charges du mariage qui pèsent sur les époux.

495. Et alors même que la donation serait

---

de la rente, ou cas où l'acquéreur voudrait purger (Br., 17 nov. 1814 et 22 juill. 1819 : *Pasicrisie*, à ces dates ; Duranton, t. 9, nº 528). L'offre du débiteur de remplacer les biens vendus ne peut être, en général, admise (Duranton, t. 9, nºs 626 et 627).

Le remboursement d'une rente ne peut être exigé par cela seul qu'une partie des biens donnés en hypothèque a été échangée contre d'autres, si les sûretés, loin d'avoir reçu quelque atteinte, ont au contraire été augmentées, et notamment en ce que les biens échangés ont été remplacés par d'autres plus considérables et soumis à la même hypothèque, en ce que partie des biens a été notablement augmentée par des constructions et en ce que des créances antérieures en rang ont été remboursées. (Liége, 9 juin 1835; *J. de Br*., 1837, p. 69. Br., 28 juillet 1830; *J. de Br*., 1830, 2, 174; Dalloz, 23, 370.)

[1] Dumoulin, q. 8. — Pothier, nº 48. — Duparc-Poullain, t. 3, p. 68, nº 36.

[2] Br., 22 juill. 1819. *Pasicrisie belge* à cette date.

[3] Duparc-Poullain, t. 3, p. 67, nº 34. Il cite un arrêt du parlement de Bretagne du 21 juillet 1739.

[4] Nº 474.

[5] *Contra*, Duranton, t. 17, nº 626, et Duvergier, nº 339. Mais si l'art. 1912 doit être pris si sévèrement dans le cas du paragraphe premier, ainsi que nous l'avons vu, pourquoi pas dans le second paragraphe?

[6] Vº *Rente*, sect. 3.

pure et simple, si c'était l'héritier grevé de la rente par le donateur qui fit disparaître les gages assignés à la rente et menaçât l'existence de la rente, je pense que le créancier pourrait pourvoir à sa sûreté en demandant le remboursement. Ce ne serait alors qu'un mode de payement substitué à un autre et nécessité par la faute du débiteur.

Mais je ne serais pas d'avis d'emprunter à l'art. 1912 le rigorisme qui le pousse à presser le remboursement alors même que le débiteur rétablit les sûretés promises [1]. L'art. 1912 n'est pas positivement et précisément applicable; il n'est pas plus la loi de la matière que l'art. 1188 du Code civ., et le juge pourrait puiser dans les art. 1230 et 1231 des analogies pour arriver à des tempéraments semblables à ceux que nous avons vu l'ancienne jurisprudence pratiquer [2].

496. Quand la rente est foncière, le droit de résolution est évidemment ouvert au créancier dans les cas prévus par le deuxième paragraphe de notre article. Mais ce n'est pas en vertu de cet article que le crédirentier agira; c'est sous l'autorité des art. 1653 et suivants, qui gouvernent les résolutions de la vente quand l'acheteur ne paye pas le prix.

497. La troisième cause de résolution du contrat de rente constituée est la faillite ou la déconfiture du débiteur [3]. Le seul fait de ce désastre rend le capital exigible, ce sont les termes remarquables de l'art. 1913.

498. Étendrons-nous cet article aux rentes de don et legs? Joubert le contestait, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus [4]. Je n'aurais cependant pas de répugnance à appliquer ici ce que nous disions au n° 495, en ajoutant cependant que la faillite et la déconfiture sont des crises telles, qu'elles ne laissent place à aucun délai de grâce.

499. Et quant aux rentes foncières, on n'a pas besoin de l'art. 1913 pour pourvoir à la sûreté du créancier; le droit commun y suffit.

ARTICLE 1914.

Les règles concernant les rentes viagères sont établies au titre *des Contrats aléatoires*.

SOMMAIRE.

500. L'art. 1914 renvoie la matière des rentes viagères au titre *des Contrats aléatoires*.

COMMENTAIRE.

500. La rente viagère est une combinaison qui prend sa base dans des chances de longévité. C'est pour cette raison que le Code civil la renvoie à la classe des contrats aléatoires; elle leur appartient particulièrement, en effet, par les risques auxquels se soumet le créancier en échange de ses espérances de gain. Nous en traiterons donc dans le commentaire des art. 1968 et suivants, où l'on verra ce que la rente viagère a de commun avec la rente constituée, en même temps que les caractères par lesquels elle en diffère.

---

[1] *Supra*, n° 493.
[2] *Ib.*
[3] Pothier, n°s 114 et 84.
[4] N° 486.

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XI.

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE.

DÉCRÉTÉ LE 4 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 24 DU MÊME MOIS.

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉPOT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

ARTICLE 1915.

Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.

ARTICLE 1916.

Il y a deux espèces de dépôt : le dépôt proprement dit, et le séquestre.

SOMMAIRE.

1. Transition. Du dépôt. Son but comparé au but de la vente et du louage.
2. Utilité de ce contrat. La bonne foi et la confiance en font la base.
3. Cujas l'appelle *sacer contractus*. Infamie de celui qui viole un dépôt.
4. Le dépôt appartient aux contrats du droit des gens. Ses avantages pour le commerce.
5. Le dépôt est un contrat réel.
6. Circonstances essentielles dans le dépôt.
7. Le dépôt est unilatéral.
8. Étymologie du mot *depositum*, *dépôt*.
9. Deux espèces de dépôt, le dépôt proprement dit, le séquestre. Division de la matière.

COMMENTAIRE.

1. L'échange et la vente transfèrent la propriété; le louage et le commodat transfèrent l'usage de la chose; le dépôt ne fait qu'en donner la garde : *Quod custodiendum alicui datum est*, dit Ulpien [1]. Le dépôt n'enlève au propriétaire ni la propriété, ni la possession de l'objet déposé [2]; il décharge seulement le déposant de la garde de sa chose [3], et en commet le soin à la bonne foi du dépositaire [4].

2. On sent toute l'utilité de ce contrat. La sûreté d'une chose peut, par une foule de motifs, se trouver compromise chez celui à qui elle appartient. Tantôt ce sera une absence ou un défaut habituel de vigilance de ce dernier qui l'exposeront à être soustraite;

---

[1] L. 1, Dig., *depositi.*
[2] Florentinus, l. 17, § 1, Dig., *depositi.*
[3] Favre, sur cette loi, dit très-bien : « *Abdicit a se* » CUSTODIAM *rei, ut eam in alium transferat, quomodo Aza* » *dicebat.* » (Sur la loi 1, Dig., *depositi.*)
[4] Ulpien : « *Totum fidei ejus esse commissum quod*

tantôt ce sera la curiosité des personnes avec lesquelles il vit, qui fera craindre pour le secret dont il faut qu'elle soit environnée. D'autres fois, un incendie ou tout autre désastre obligeront à la transporter chez un voisin pendant le moment du péril. Enfin, si dans un voyage on s'arrête dans une hôtellerie, on est obligé de s'en rapporter à la foi de l'aubergiste pour la garde des objets qu'on transporte avec soi. Dans tous ces cas, et autres qu'il serait infini d'énumérer, le contrat de dépôt montre ses avantages. La confiance en fait la base, la bonne foi en est la sanction : *totum fidei ejus esse commissum* [1].

3. Nous disons que la bonne foi en est la sanction. Il n'y a pas de contrat, en effet, où la bonne foi doive se montrer plus entière et plus scrupuleuse. « *Hæc actio depo-* » *siti*, disait Cujas, *summam fidem exigit...* » Contractus depositi est *sacer contractus*, ut » Juvenalis dixit : *Sacrum depositi* [2] ! »

Aussi est-il classé dans le nombre des contrats de bonne foi [3], et les Romains déclaraient infâme celui qui violait ou niait un dépôt [4]. Quand Plaute s'égaye à tracer le portrait de l'esclave, modèle de friponnerie et digne du gibet, il n'oublie pas de mettre au rang de ses faits et gestes la violation du dépôt :

Pro merito nunc tuo memorari multa possunt,
Uti fidentem fraudaveris. . . . . . .
Uti creditum tibi quod sit, tibi datum esse pernegaris [5].

C'est ce contrat sacré que les premiers chrétiens s'engageaient à pratiquer avec l'intégrité de cœurs dévoués à une morale austère et sublime. Pline le jeune leur en a rendu un témoignage éclatant [6]

Donc, toute clause qui tendrait à en bannir la bonne foi et à y ouvrir une issue pour le dol serait sévèrement répudiée [7].

4. Le dépôt est un contrat du droit des gens [8] ; il se pratique chez tous les peuples et même entre sujets de nations diverses ; le commerce de terre et de mer s'en sert fréquemment et y trouve de grandes commodités dans ses lointaines excursions. Les Romains nous en ont donné les règles avec une science et une précision qui attestent l'expérience pratique que leurs jurisconsultes ont été à même d'en acquérir ; on sait qu'ils étaient dans l'usage de déposer des objets dans les temples [9], dans les greniers publics [10], chez les banquiers [11] ou chez des particuliers. Les lois du peuple juif [12] s'occupaient aussi du dépôt, et punissaient l'homme qui refusait à son prochain ce qui avait été commis à sa bonne foi. En un mot, chez quelque peuple qu'un homme se trouve porté par ses affaires, si ce peuple n'est pas étranger aux premières notions de la justice et de la bonne foi, il y trouvera le respect pour le dépôt écrit dans les lois ou gravé dans les consciences.

5. Le dépôt est un contrat réel [13]. Comment le dépositaire pourrait-il être soumis à l'obligation essentielle du contrat, qui est de garder la chose, s'il n'en avait la détention ? « *Cum ne custodiri quidem possit*, dit » Noodt, *nisi tradita*. » Ainsi, si vous vous obligez envers moi à garder une chose, sans que je vous l'aie livrée, votre obligation ne commencera que par la tradition. Il n'y a auparavant qu'une simple promesse [14]. En cela le dépôt a du rapport avec le prêt, le gage et autres contrats qui sont pareillement parfaits par la chose.

6. Si l'on veut prendre le dépôt au point de vue le plus général, son caractère essentiel se réduit à des termes très-simples que l'art. 1915 a résumés. Conservation de la propriété et de la possession de la chose par le déposant ; transmission effectuée de la nue détention au dépositaire ; obligation pour ce dernier de garder la chose ; obligation de la rendre identiquement. C'est en se posant à ce point de vue que Cujas s'est

---

» *ad custodiam rei pertinet.* » (L. 1, Dig., *depositi.*)

[1] Ulp., *loc. cit.*

[2] *Quæst. papinian.*, lib. 9 sur la l. 24, *depositi.*

[3] Ulp., l. 1, § 23, *depositi.* — Voet, *Depositi*, no 1. Noodt, *Depositi.*

[4] Cujas, *Quæst. papin.*, sur la l. 24, Dig., *depositi.* Il remarque qu'il n'en était pas de même de celui qui manquait de foi dans le commodat.

[5] *Asinaria*, act. 3, sect. 2.

[6] Lib. 10, epist. 97 : « *Seque sacramento non in* » *scelus aliquod obstringere ; sed ne furta, ne latroci-* » *nium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent,* » NE DEPOSITUM APPELLATI ABNEGARENT. »

[7] Ulp., l. 1, § 7, Dig., *depositi.* — *Infra*, no 63, et art. 1943.

[8] Saumaise, *De trapezit. fœnore*, p. 401.

[9] Bœvardus, lib. 1 varior., c. 15.

[10] L. 9, C., *de pignor. act.*

[11] L. 7, § dernier, et l. 8, Dig., *depositi.* — L. 24, § 2, Dig., *de reb. auctorit. judic. possid.*

[12] *Levit.*, 6, 2, 3.

[13] Instit., § 3, *quib. modis re perficitur.* — Art. 1919.

[14] Doneau, sur le Code, *Depositi*, préambule, no 4.

borné à dire : « *Est conventio qua id agitur* » *ut rem meam custodias et mihi possideas,* » *non tibi, eamque mihi reposcenti restituas* [1]. »

De là découle une observation qui n'a pas échappé à l'art. 1915 : c'est que le dépositaire ne peut recevoir à titre de dépôt que la chose d'autrui ; s'il recevait sa propre chose, le contrat serait nul de plein droit [2].

Du reste, l'art. 1915 n'ajoute pas que le dépôt est gratuit. Nous verrons qu'il y a des cas où il peut ne pas l'être (art. 1957) [3]. L'art. 1915 ne dit pas non plus qu'il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières ; car il y a une sorte de dépôt qui peut porter sur des immeubles (art. 1959).

7. Le dépôt n'engendre des obligations principales et directes que d'un seul côté, du côté du dépositaire. Quant au déposant, il ne contracte que des obligations secondaires, indirectes, et nées d'un fait postérieur au contrat. Voilà pourquoi les Romains appelaient l'action du déposant contre le dépositaire, *actio depositi directa*, et celle du dépositaire contre le déposant, *actio contraria*. Voilà pourquoi encore Pothier mettait le dépôt dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits [4]. Il n'y a pas, dans le dépôt, comme dans la vente et le louage, deux conventions principales et réciproques : livrer la chose, payer le prix. Il n'y en a qu'une : garder la chose et la rendre fidèlement. Si le déposant est obligé de son côté à indemniser le dépositaire de ses dépenses et de ses pertes, cette obligation n'a rien de spécifique comme celle du dépositaire ; elle ne résulte que de faits éventuels et postérieurs au dépôt ; et l'on peut même ajouter qu'il n'y a pas besoin de conventions pour l'imposer ; les principes de l'équité naturelle la rendent commune à tous ceux dans l'intérêt desquels un tiers fait quelque chose. Il faut se reporter ici à quelques-unes des idées que nous avons exposées dans notre contrat de prêt, n°s 7, 142, 257. Les conséquences qu'on en peut tirer se trouveront plus bas, n°s 49, 50.

8. Ulpien [5] a donné l'étymologie du mot *dépôt* ; les jurisconsultes romains ont toujours beaucoup affectionné la recherche des origines. Il le fait venir de *ponere*, qui, précédé de la particule augmentative *de*, acquiert plus d'énergie et rappelle à celui qui détient que le déposant s'est entièrement abandonné à sa bonne foi. *De* a le même sens que *valde*. C'est ainsi que, dans Festus, nous voyons *dedita*, *valde data* — *decultarunt*, *valde occultarunt*.

Et comme il n'y a pas de dépôt sans appel à la bonne foi du dépositaire, les Romains se servaient quelquefois du mot *commendare* comme synonyme de déposer [6]. Néanmoins, *commendare* a, dans le sens propre, plus d'étendue que *deponere*. Quiconque dépose fait une recommandation ; mais faire une recommandation n'est pas toujours déposer [7].

9. Il y a deux espèces de dépôt : le dépôt proprement dit et le séquestre. Le chapitre II va traiter du dépôt proprement dit (art. 1917 à 1954). Le chapitre III s'occupera du séquestre (1955 à 1963).

[1] Sur la loi 24, Dig., *depositi*. (*Quæst. papinian.*) — Il cite la loi 2, Dig., *de reb. credit.*

[2] L. 15, Dig., *depositi*. (Julianus.)

[3] *Voy.* aussi *infra*, n° 80.

[4] N° 21, Doneau dit cependant qu'il produit des prestations mutuelles. Sur le Code, rubr. 7, 8.

[5] L. 2, Dig., *depositi*. — *Junge* Cujas, 1 *Ad Africanum*, ad leg. 20, *De man. test.*, *in fine*.

[6] Papinien, l. 24 et 26, Dig., *depositi*. — Ulp., l. 186, Dig., *de verb. signif.*

[7] Doneau, sur le C., *depositi*, n° 7, rubrique. — Il cite la loi 12, § 12, Dig., *mandati*, où un ami avait recommandé à son ami Sextilius Crescens.

CHAPITRE II.

DU DÉPOT PROPREMENT DIT.

PREMIÈRE SECTION.

DE LA NATURE ET DE L'ESSENCE DU CONTRAT DU DÉPOT.

ARTICLE 1917.

Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.

ARTICLE 1918.

Il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.

ARTICLE 1919.

Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée. — La tradition feinte suffit quand le dépositaire se trouve déjà nanti à quelque autre titre de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt.

SOMMAIRE.

10. Retour sur la définition du dépôt. Qualités qu'il doit ovoir pour se distinguer du sequestre.
11. Le dépôt proprement dit doit être gratuit : sans quoi, il devient un louage de services.
12. Objections.
13. Réponse. En quel sens il faut prendre l'art. 1928 du Coda civ.
14. Suite.
15. En un mot, la gratuité est de l'essence du dépôt.
    Les dépôts faits à lo banque moyennant tant pour cent ne sont pas de vrais dépôts.
    Dons le commerce, le dépôt gratuit est une anomalie.
16. Ce que le déposant donne par reconnoissance au dépositaire et sans y être obligé n'est pas un prix et n'empêche pas le dépôt d'être gratuit.
17. Le dépôt proprement dit ne peut porter que sur les choses mobilières.
    Controverse à cet égard dans l'ancien droit.
18. Des meubles susceptibles de dépôt. Des choses que l'on peut déposer à la banque de France.
19. Dépôt des choses fongibles. Explication à cet égard.
20. Le dépôt est parfait par la chose.
21. La tradition y est nécessaire. L'art. 1919 n'aurait pas dû reproduire la distinction de la tradition feinte et de la tradition réelle.
22. La tradition peut se faire par procureur.
23. Il faut qu'elle oit pour fin principale la garde de la chose.
    Sans cela le contrat n'est pas un dépôt.
24. Exemple pris de la vente d'une chose non encore livrée.
25. Il ne faut pas voir un vrai dépôt dans tous les contrats où la garde de la chose ne se trouve mêlée que par occasion.
    Principes à ce sujet, et règle d'interprétation donnée par Bartole.
26. Suite. Exemple.
27. Comparaison du dépôt avec d'autres contrats parfaits par la chose, tels que le *mutuum*, le *commodat*, le *gage*.
28. Suite.
29. Comparaison du dépôt avec le mandat.
    Exemples donnés par les jurisconsultes romains.
30. Autre exemple.

31. *Quid* du cas où une personne a reçu des lettres de change pour en faire le recouvrement pour compte ?
32. Du cas où le dépôt est accompagné de l'obligation de faire quelque chose dans l'intérêt du déposant. Le dépôt reste-t-il dépôt, ou passe-t-il dans la classe du mandat?
33. Du dépôt *irrégulier*. Renvoi aux nos 91, 93.

COMMENTAIRE.

10. Le dépôt proprement dit ne saurait exister s'il ne réunit les caractères que nous avons définis au n° 506. Mais à ces caractères il doit en ajouter de particuliers qui le distinguent du séquestre.

11. Le premier est d'être gratuit (article 1917). Si le dépositaire ne se chargeait pas gratuitement de la chose déposée, ce ne serait plus ce contrat de bienfaisance que les lois ont organisé sur la base d'un sentiment désintéressé. Il deviendrait un louage de services. Ainsi, si, comme cela arrive souvent, je dépose, moyennant un salaire, la toilette de mon bain chez le baigneur, mes bagages à un batelier, mes effets de voyage à un aubergiste, il y a louage [1]; il n'y aura dépôt qu'autant qu'un prix ne sera pas intervenu : « *Si vestimenta servanda balneatori data perierint, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum acceepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat præstare debere puto. Quod si accepit, ex conducto.* » Ainsi parle Ulpien [2].

12. Contre cette conversion du contrat de dépôt en contrat de louage, deux objections se présentent :

La première tirée de l'art. 1928 du Code civil, lequel suppose qu'un salaire a pu être stipulé pour la garde du dépôt;

La seconde tirée de l'art. 1952, qui qualifie positivement l'aubergiste de dépositaire, et non de locataire.

13. Je réponds : Si le dépositaire a stipulé un salaire comme le prévoit l'art. 1928, le contrat aura perdu son caractère; il ne s'agira plus d'un office d'ami; la convention sera intéressée, et dès lors la responsabilité de ce dépositaire sera appréciée avec plus de sévérité que celle du dépositaire proprement dit. Qu'a voulu l'art. 1928? A-t-il entendu établir que le dépôt avec salaire continuait à être un dépôt pur et simple? Non sans doute [3]. Sans cela, il se serait mis en opposition flagrante avec l'art. 1917, qui fait de la gratuité l'essence du dépôt. Qu'a-t-il donc voulu, encore une fois? Décider que celui qui stipule un salaire doit être traité plus sévèrement que celui qui n'en exige pas. Et rien n'est plus évident et plus juste. Mais il ne dit pas pour cela qu'un tel dépositaire mérite le titre de dépositaire pur; il ne dit pas qu'il continue à être un dépositaire sans mélange de location de services. S'il le disait, il donnerait un démenti à l'article 1917 et à la nature des choses.

« Duplex est enim depositum, dit Scaccia; » depositum proprium de sui natura, est » contractus gratuitus et non mercenarius... » Quoddam vero est depositum *improprium*, » nimirum, quod non est gratuitum, *sed* » *hoc dicitur* IMPROPRIE *depositum cum sit potius locatio et conductio* [4]. » Quand on entend ce langage de la part d'un jurisconsulte qui traite les matières de commerce, où le dépôt est rarement gratuit, on peut s'en rapporter à son expérience et à son discernement.

Cette interprétation de l'art. 1928 devient surtout palpable si l'on consulte Pothier à qui il a été emprunté. Pothier, examinant le degré de responsabilité du dépositaire, veut qu'on l'augmente d'un degré lorsqu'il se sera fait payer sa garde. Quelle est sa raison? C'est que *le contrat n'est pas alors un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, mais un contrat qui tient plutôt du louage* [5].

Mais quoi! dira-t-on, l'art. 1928 ne se sert-il pas des mots *dépôt* et *dépositaire?* Je l'avoue : et en cela il a manqué peut-être à la scrupuleuse exactitude du langage. Mais, avant lui, Ulpien en avait fait autant, sans que la pensée de ce jurisconsulte en fût le moins du monde obscurcie : « *In* DEPOSITO, » *dolus præstatur solus — forte et merces nisi* » *accessit* [6]. » Voilà bien le dépôt appelé par son nom, quoique flanqué d'un salaire. Demandez cependant au même Ulpien ce

[1] Favre, sur la loi 1, § 8, Dig., *depositi*. — Cujas, sur le C., *depositi*. — Doneau, sur la rubrique du Code, *depositi*, n° 5. — Pothier, n° 13.
[2] L. 1, § 8, Dig., *depositi*. — *Junge* § 9.
[3] Zachariæ, t. 3, p. 107, note, 2.
[4] § 1, q. 7, p. 2, ampl. 3, nos 24 et 25.
[5] N° 31.
[6] L. 5, § 2, Dig., *commodati*.

qu'il pense au fond d'un tel contrat, et il vous apprendra qu'il faut bien se garder de le tenir pour un dépôt; car c'est un véritable louage [1].

14. Quant à la seconde objection, voici comment elle se résout. Dans le cas prévu par l'art. 1952, le voyageur entre chez l'aubergiste et paye un salaire pour qu'il soit pourvu à sa nourriture et à son logement. Mais ce n'est pas à cause du dépôt de ses effets qu'un prix est exigé de lui; car il arriverait sans bagages, que le prix serait toujours le même. Le dépôt est donc ici un contrat qui s'ajoute au contrat de louage, mais qui cependant en est distinct, et qui intervient sans aucune rémunération [2]. L'art. 1917 conserve donc encore son autorité.

Autre serait le cas où le voyageur, ayant des inquiétudes pour quelque objet précieux dont il serait porteur, le confierait à l'aubergiste, qui exigerait de lui un salaire pour cette garde spéciale. Ce dépôt deviendrait alors un vrai louage, et le point de vue de l'art. 1952 serait modifié.

15. Nous répétons donc que la gratuité est de l'essence du dépôt, et qu'il n'y a rien à retrancher à l'art. 1917. Nous disons que si une chose est déposée moyennant un prix, ce n'est plus un dépôt, mais un louage [3]. Le dépôt prend sa source dans la confiance, dans l'amitié, dans un office désintéressé [4].

Ainsi donc les dépôts de numéraire, billets, contrats, diamants, qui se font à la banque de France, et pour lesquels ses statuts l'autorisent à recevoir un taut pour cent par chaque semestre, ne sont pas des dépôts proprement dits. La banque fait une location de services [5].

Il en est de même des dépositaires en matière de commerce qui, ne faisant rien pour rien, et recevant une rétribution de leurs services, sont moins dépositaires que des locateurs. Le dépôt proprement dit, avec son caractère gratuit, est dans le commerce une sorte d'anomalie.

Mais revenons au dépôt d'après le droit civil.

16. Si le déposant, par reconnaissance pour le service rendu, offrait au dépositaire un présent spontané, l'acceptation de ce dernier n'altérerait pas la nature du contrat. Tant que le dépositaire n'exige rien, le dépôt reste gratuit [6].

17. La seconde circonstance qui précise le caractère du dépôt proprement dit, c'est qu'il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières; en cela il diffère encore du séquestre, qui peut s'appliquer aux immeubles [7].

Dans l'ancienne jurisprudence, les opinions n'étaient pas d'accord à cet égard. Voet, par exemple, enseignait que les immeubles pouvaient, comme les meubles, être la matière d'un contrat de dépôt [8]. D'autres, au contraire, comme Vultejus [9], Hilliger [10], Scaccia [11], restreignaient aux meubles le dépôt proprement dit. Un immeuble, disaient-ils, ne pouvant être déplacé, n'est par conséquent pas susceptible de dépôt : « *Cum enim loco moveri nequeat, nec » poni potest, nedum deponi* [12].

Cet argument, emprunté à la grammaire, ne paraissait pas concluant à Pothier. Car l'étymologie des mots se tire de préférence *ex eo quod frequentius fit*. Et comme les dépôts de meubles sont les plus fréquents, la dénomination du contrat a pu venir de cet usage. Quelle est donc la vraie raison suivant Pothier? C'est que le dépôt, par sa matière et son essence, emporte avec lui la nécessité d'un déplacement de la chose. La fin du dépôt est la garde d'une chose par le dépositaire, à qui elle a été confiée pour qu'on la retrouve chez lui. Or, un immeuble n'est pas de nature à ce que son propriétaire puisse jamais avoir besoin de le donner en garde pour le retrouver. Donc il n'est pas susceptible de dépôt [13]. On voit que l'explication de Pothier revient à celle des docteurs; c'est la même idée reproduite en d'autres termes : seulement, ce caractère

[1] L. 1, §§ 8 et 9, Dig., *depositi*.

[2] Caius, l. 5, Dig., *nautæ, caupones*, sur quoi Favre dit : « *Tenentur caupones ad custodiam, non propter » mercedem, sed ob receptum.* » — *Infra*, n° 211

[3] Ulp., l. 1, §§ 8 et 9, *dep.* — Favre, sur cette loi. — Doneau, sur le Code, préambule, n° 5.

[4] Favre, sur la loi 1, §§ 23 et 24, Dig., *depositi*.

[5] Lucrum consequi solent argentarii, sive bancherii auctoritate publica constituti, ad custodiendas pecunias... *In effectu est contractus locationis ex parte depositarii, et conductionis ex parte deponentis.* (Scaccia, § 1, q. 7, ampl 3, n° 1.)

[6] Pothier, n° 13.

[7] Art 1959.

[8] *Depositi*, n° 3.

[9] Sur le § 3, Instit., *quib. modis contrahit. oblig.*

[10] Sur Doneau, lib. 14, c. 2, n° 8, note 7.

[11] § 1, q. 7, part 2, ampl. 7, n° 20.

[12] Hillig., *loc. cit.*

[13] N° 3.

que Pothier assigue au contrat de dépôt, cette fin qu'il lui attribue de sa propre autorité, les docteurs allaient en chercher la preuve dans l'argument étymologique que Pothier condamne, et qui ne me paraît pas sans force.

Ainsi donc, une maison, ne pouvant être déplacée [1], n'a pas besoin qu'on la donne à garde pour la retrouver. On ne la déposera donc pas. Sans doute, le propriétaire pourra remettre les clefs à une personne de confiance pour soigner les meubles, donner de l'air aux appartements, voir si quelques réparations ne sont pas nécessaires. Mais c'est là un contrat de mandat plutôt qu'un contrat de dépôt, et si la personne est salariée, ce sera un louage d'ouvrages.

18. Du reste, on peut déposer toute espèce de meubles : des choses fongibles et non fongibles, des titres, des actions, des lettres de change. La banque de France, d'après ses statuts, reçoit des dépôts d'effets publics, actions, contrats et obligations, billets, lingots d'or et d'argent, des diamants, etc.

19. Quant aux choses fongibles que nous avons comprises dans l'énumération des choses susceptibles de dépôt, j'ai besoin d'ajouter un mot. Il est bien entendu qu'il n'y a dépôt qu'autant qu'elles doivent être rendues identiquement. Car si le dépositaire avait le droit de les remplacer par d'autres, ce serait un prêt.

20. Maintenant, l'art. 1919 nous oblige à revenir sur ce que nous avons dit au n° 5, à savoir, que le dépôt est un contrat réel. On se rappelle les explications que nous avons données au n° 6 de notre contrat de prêt, pour établir contre Toullier l'utilité de la classification des contrats en contrats réels et consensuels. L'art. 1919, qui déclare le dépôt parfait par la tradition, est notre meilleure justification.

21. La tradition est donc capitale dans le dépôt comme dans le commodat et le *mutuum*.

Ici, nous aurions aimé que l'art. 1919 s'abstînt de prononcer ces mots de tradition réelle et de tradition feinte, qui ne répondent pas aux idées du droit moderne, et se réfèrent à des souvenirs d'empirisme que le Code civil a entendu abroger. Est-ce que toutes les traditions ne sont pas réelles aujourd'hui ? Est-ce que, par exemple, ce n'est pas une tradition réelle que celle qui s'opère par le consentement, alors que la chose que l'on consent à laisser à titre de dépôt se trouve déjà dans les mains du dépositaire à un autre titre ? Pourquoi l'art. 1919 appelle-t-il ce genre de tradition une tradition feinte ? Où est la fiction, je le demande ? Où trouver quelque chose de plus réel [2] ?

22. La tradition peut se faire par mandataire à un mandataire.

23. Dans tous les cas, elle n'assure au contrat le caractère de dépôt que lorsqu'elle a pour fin, et pour fin principale [3], la garde de la chose. La tradition est-elle faite dans un autre but, c'est un autre contrat : par exemple, une vente, un louage, un prêt, un mandat, suivant les circonstances dans lesquelles les parties ont entendu se placer ; mais ce n'est pas un dépôt [4]. « *Uniuscu-* » *jusque contractus initium spectandum et* » *causa* [5].

24. Dans la vente, par exemple, après que le contrat est passé, la chose qui n'est pas encore livrée reste sous la garde du vendeur, et ce dernier doit apporter à sa conservation tous les soins du bon père de famille. Mais cette situation du vendeur n'est pas celle d'un dépositaire proprement dit ; car ce n'est pas l'acheteur, désormais propriétaire de la chose par la force de la convention qui a donné au vendeur la nue détention de la chose pour la conserver et la rendre. Tantôt c'est le vendeur qui, manquant à sa promesse, aura été en retard de faire la délivrance : est-ce le cas du dépôt ? Tantôt ce sera la convention qui, bien que dépouillant le vendeur au moment de la vente, a cependant voulu lui laisser la possession pendant un certain temps. Or, possession et dépôt, ne sont-ce pas deux idées inconciliables ? Après tout, l'obligation de garder et de rendre n'est pas ici le but principal du contrat, et nous répétons que le dépôt n'existe qu'à une condition, savoir, que la remise de la chose ait pour fin principale de la garder et de la rendre ensuite.

25. Car où en serait-on si l'on voulait imprimer le cachet du dépôt sur tous les contrats où la garde d'une chose se trouve accidentellement mêlée ? Quelle confusion dans la classification des conventions [6] !

[1] Ce sont les mots de Pothier, *loc. cit.*
[2] *Voy.* mon *Comment. de la vente*, n° 272.
[3] Pothier, n° 10.
[4] Pothier, n° 10.
[5] Ulp., l. 8, Dig., *mandati.*
[6] Favre, sur la loi 1, § 12, Dig., *depositi.*

Il faut donc garder cette règle de Bartole : *Quando procedit contractus perfectus et adjicitur conventio quæ potest cadere in nomen contractus, potius inducitur informatio primi, quam novus contractus* [1]. Rien n'est plus vrai. Quand un contrat existe, et qu'on y ajoute une convention qui peut prendre le le nom d'un autre contrat, on doit prendre cette convention comme une confirmation de ce qui a été fait, plutôt que comme un autre contrat. De même que les philosophes ne multiplient pas les entités, de même les jurisconsultes ne doivent pas multiplier sans nécessité les contrats [2].

26. C'est par ces dernières raisons que si j'ai remis mes titres à mon avocat pour qu'il poursuive mon adversaire, je n'aurai pas contre lui l'action *depositi*, mais l'action *mandati* [3]. Il y a bien ici un dépôt qui se joint au mandat, mais l'affaire principale est un mandat; le dépôt n'est qu'un moyen auxiliaire d'accomplir le mandat. Nous verrons tout à l'heure d'autres exemples de ces mélanges de contrats et de la manière de les discerner [4].

27. A l'aide de toutes les observations qui précèdent, il sera maintenant facile de séparer le dépôt de quelques autres contrats avec lesquels il a une certaine analogie.

Mettons-le d'abord en présence des contrats parfaits par la chose.

Le dépôt diffère du *mutuum* en ce que le dépôt ne donne que la garde de la chose, tandis que le *mutuum* en transfère la propriété. Il diffère du commodat en ce que ce dernier contrat accorde au commodataire le droit de se servir de la chose, au lieu que le dépôt renferme le dépositaire dans la simple garde sans utilité pour lui : *Solam custodiam sine ulla utilitate accipientis*, dit Doneau [5]. Il diffère du gage en ce que le créancier qui a voulu se procurer une sûreté acquiert le droit de faire vendre la chose et de s'en faire payer par privilége; dans le dépôt, au contraire, le dépositaire doit garder dans un intérêt qui n'est pas le sien, et rendre [6].

28. J'ai dit qu'il diffère du commodataire en ce que sa détention est oisive, tandis que le commodataire a le droit de se servir de la chose. Nous voyons cependant par l'art. 1930 que le dépositaire peut obtenir du déposant la permission d'user de la chose, et rien n'est plus constant [7]. Mais cette circonstance secondaire n'empêche pas que le contrat ne puisse être un dépôt, pourvu toutefois que la garde de la chose soit la fin principale du contrat, et l'usage un simple accident [8].

29. Mais c'est surtout avec le mandat que les jurisconsultes romains se sont plu à comparer le dépôt, pour mieux mettre en relief les caractères qui le distinguent. Précaution sage et utile! car le dépôt et le mandat sont souvent mêlés ensemble, comme nous en avons vu un exemple au n° 26, et la responsabilité du détenteur dans ces deux contrats n'est pas la même.

Je vous ai donné une chose pour la porter à Titius, avec clause que si Titius ne voulait pas la recevoir, vous me la garderiez; Titius la refuse et vous en restez nanti. Serez-vous mon dépositaire, ou mon mandataire?

Le jurisconsulte Pomponius hésitait. Mais Ulpien décidait que vous êtes sous le coup d'un mandat [9], et ce n'est pas sans raison. Il ne faut pas s'imaginer, en effet, que toutes les fois qu'il est question de garde, dans un contrat, il y a dépôt [10]. Quand la garde n'est que secondaire, quand elle n'est que la suite d'un contrat déjà parfait, qu'elle s'y ajoute comme moyen d'exécution, elle ne change rien à la nature de ce contrat, lequel conserve ses caractères, son nom, sa prépondérance. Or, ici, de quoi s'agit-il? D'une commission à faire, d'un mandat à accomplir. Je vous ai chargé de porter ma chose; voilà l'idée dominante; le soin de la garder n'est que la conséquence [11].

30. Autre exemple : Je vous écris : « Recevez des mains de Titius une pièce de » toile et gardez-la-moi jusqu'à ce que je la » fasse prendre. » Est-ce mandat? Est-ce

[1] Sur cette loi.
[2] Favre, *loc. cit. Infra*, n° 25.
[3] L. 8, Dig., *mandati*. — Pothier, n° 9.
[4] *Infra*, n°s 29 et 30.
[5] Sur le C., *depositi, proleg.*, n° 5. — Voy. *Prêt*, n°s 20, 29, 90 et 91. On trouvera aux n°s 90 et suiv. la réfutation d'une jurisprudence qui avait essayé, mais sans succès heureusement, de confondre le *dépôt* et le *commodat !*
[6] Doneau, *loc. cit.*
[7] Pothier, n°s 10 et 11.
[8] *Id.*, n° 10. — *Infra*, n° 101.
[9] L. 1, § 12, Dig., *mandati*. — Pothier, n° 9.
[10] *Supra*, n° 25.
[11] *Voy.* Favre, sur cette loi : *Est igitur hoc mandatum rei scilicet non tam custodiendæ quam perferendæ.*

dépôt? C'est un mandat [1]. Je vous ai chargé d'une commission consistant à recevoir un objet qu'une autre personne devait me faire tenir, et dont je ne pouvais pas aller prendre moi-même livraison. Voilà un mandat en règle; la garde n'est que la suite : *initium inspiciendum*.

31. Et par là se résout facilement la question de savoir si celui qui a reçu des lettres de change pour en faire le recouvrement pour compte est un dépositaire ou un mandataire. Il est clair (ainsi que la cour de cassation l'a décidé le 20 mai 1814) qu'il n'a été revêtu que d'un mandat [2].

32. Dans tous ces cas, la difficulté se lève par la recherche seule du but principal des parties, et l'on rentre dans la règle que nous énonçions au n° 23.

Mais il y a des circonstances où elle devient plus délicate, à raison de la possibilité où est le dépôt de se donner quelques-uns des attributs du mandat. Je m'explique.

Le mandat consiste à faire quelque chose pour autrui : le dépôt à garder la chose d'autrui. En général, cette détention du dépositaire est oisive. Néanmoins, dans certains cas, la convention peut y ajouter l'obligation de faire quelque chose dans l'intérêt du propriétaire, et c'est alors que le dépôt, empruntant les couleurs du mandat, peut tromper l'interprète inattentif.

La solution n'est cependant pas difficile, alors que l'obligatinn de faire quelque chose pour autrui est la suite naturelle du dépôt. Ainsi, si je vous ai déposé mon cheval, il est bien entendu que vous le nourrirez et que vons le soignerez dans sa maladie; et, bien que vous fassiez ces choses en mon nom, vous n'êtes cependant pas mon mandataire, vous ne cessez pas d'être dépositaire; car ces soins ne sont que la suite du dépôt dont je vous ai chargé.

Mais si je vons confie une chose en dépôt pour ensuite la vendre, l'expédier, la faire transporter, on peut se demander si le dépôt reste dans sa pureté, ou s'il ne dégénère pas plutôt en contrat de mandat ou de commission.

On dira, en faveur du dépôt, que rien n'empêche d'adjoindre à un dépôt déjà formé l'obligation de faire quelque chose; on ajoutera que l'exemple précédent en fournit une preuve; qu'ainsi ce qui suit le dépôt ne doit pas le faire dégénérer.

Mais on répondra que, dans le dernier cas dont on argumente, l'obligation de faire se liait intimement au dépôt et en était une conséquence nécessaire, tandis qu'ici rien de pareil ne se rencontre; et cette raison est bonne et décisive. Voulez-vous, en effet, vous placer au point de vue commercial? Qu'est-ce que cette consignation, sinon un acte préliminaire pour arriver ensuite à ce qui constitue le but principal de l'opération, à une commission, à un mandat?

Et quant aux matières civiles, il est évident qu'il doit en être de même. Dans ce mélange de dépôt et de mandat reposant sur la même tête, on aperçoit que le dépôt n'est qu'un des moyens par lesquels le propriétaire a voulu conduire à fin la vente de sa chose par le ministère d'autrui.

33. Outre le dépôt proprement dit, dont nous venons de voir les caractères, la jurisprudence a admis une sorte de dépôt qu'elle appelle irrégulier. Nous en parlerons dans le commentaire de l'art. 1932 du Code civil [3].

ARTICLE 1920.

Le dépôt est volontaire ou nécessaire.

SOMMAIRE.

34. Le dépôt proprement dit a deux branches, le dépôt *volontaire* et le dépôt *nécessaire*.

COMMENTAIRE.

34. Le dépôt proprement dit se divise en deux branches : le dépôt volontaire et le

[1] Ulpien, l. 1, § 13, Dig., *depositi*. — Pothier, n° 9.

[2] Devill., 4, 1, 565, ch. crimin.

[3] *Infra*, n°s 91 et 93.

dépôt nécessaire. Cette division, prise des circonstances qui donnent naissance au dépôt et en sont la cause occasionnelle, est très ancienne dans le droit. Nous l'avons empruntée à la jurisprudence romaine [1]; elle s'explique par les diversités que cette cause imprime sur chacun de ces deux dépôts.

Nous traiterons du dépôt volontaire dans les nos 35 à 198; et du dépôt nécessaire dans les nos 199 à 241.

Du reste, on peut pressentir que ces deux rameaux sortis du même tronc, bien que dissemblables par quelques côtés, sont cependant dominés par les mêmes principes, et qu'ils ont encore plus de rapports d'identité que de différences [2].

DEUXIÈME SECTION.

DU DÉPOT VOLONTAIRE.

ARTICLE 1921.

Le dépôt volontaire se forme par le consentement de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit.

ARTICLE 1922.

Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.

SOMMAIRE.

35. Transition. Côtés distinctifs du dépôt volontaire et du dépôt nécessaire.
36. Du consentement. Erreur sur le but et la fin du contrat.
37. Erreur sur la qualité ou la quantité de la chose.
38. Erreur sur la personne.
Distinctions proposées.
39. Du dépôt fait par une personne qui n'est pas propriétaire de la chose. Entre le déposant et le dépositaire il y a un contrat parfait et sérieux qui doit produire ses conséquences naturelles.
Mais *quid* à l'égard du vrai propriétaire de la chose?
40. Les personnes qui ont la jouissance de la chose peuvent, quoique n'étant pas propriétaires, en faire le dépôt.

COMMENTAIRE.

35. Le dépôt volontaire est ainsi nommé parce qu'il se forme sous l'influence de circonstances qui laissent à la volonté des parties toute sa liberté de choix, de résolution, d'action, et que la spontanéité n'en est altérée par aucune cause extérieure venant de la force majeure ou de la nécessité. Il se distingue du dépôt nécessaire en ce que ce dernier, quoique fait volontairement [3], est cependant déterminé par un cas de nécessité ou par un accident imprévu qui en ont été la cause excitative [4].

36. De même que dans tous les autres contrats, le consentement est de l'essence du dépôt volontaire. Lorsque les deux parties viennent à s'accorder sur le but et la fin du dépôt, le contrat sort parfait de ce consentement réciproque. Mais si les parties ne se sont pas comprises, si, par exemple, l'une croit donner un dépôt, l'autre recevoir un prêt, il n'y a ni dépôt ni prêt [5]; seulement, la personne qui s'est dessaisie de sa chose aura l'action en revendication pour se la faire rendre, si elle est encore en nature,

[1] *Infra*, no 201.
[2] *Infra*, no 206.
[3] *Infra*, no 205.
[4] Pothier, no 75, art. 1949, Code civ.
[5] L. 18, § 1, Dig., *de reb. cred.*

ou la condiction, si elle a été employée et consommée [1].

37. Mais la simple erreur des parties sur la qualité et la quantité de la chose ne vicie pas le contrat; car ce qui en fait l'assiette, c'est une chose telle quelle, qui a été donnée, qui a été reçue, et que l'on s'oblige à rendre *in individuo*. Je vous donne en dépôt un sac cacheté que je crois contenir 1,000 fr., et qui, en réalité, n'en contient que 900; qu'importe l'erreur sur le contenu? Vous avez reçu un sac cacheté; vous me le rendez avec les sceaux entiers; tout est parfaitement en règle [2].

38. Mais l'erreur sur la personne empêche-t-elle le contrat de subsister? Pothier soutient la négative [3]; j'aime mieux distinguer. Je donne 1,000 fr. en dépôt à Pierre que je croyais être Paul. Pierre n'est pas un homme sûr, et mon but n'est pas atteint. Que ferai-je alors? Irai-je demander la nullité du contrat? Non, sans doute. Je retirerai ma chose, et j'irai trouver Paul qui mérite toute ma confiance. Sous ce rapport, donc, rien ne m'éloigne du sentiment de Pothier.

Mais, en sens inverse, Pierre a reçu de Paul en dépôt, pour un mois, un cheval qu'il croyait venir de Jacques, ami qu'il tenait à obliger. Il se trouve que Paul, non-seulement lui est inconnu, mais est d'un caractère tracassier, querelleur, et est capable de lui refuser de payer ses impenses. Est-ce que ces circonstances sont indifférentes? Est-ce que ce n'était pas une considération déterminante pour Pierre d'avoir affaire à un ami? Est-ce qu'il aurait reçu la chose s'il avait su que Paul en était propriétaire? Et dès lors ne pourra-t-il pas demander à être déchargé du dépôt avant le temps convenu [4]?

39. Si le dépôt est fait par une personne qui n'est pas propriétaire de la chose, le véritable maître n'est lié qu'autant qu'il aurait donné son consentement exprès ou tacite, et il peut revendiquer sa chose. Telle est la conséquence de l'art. 1922. Néanmoins, entre le déposant et le dépositaire, le contrat produit ses conséquences naturelles et légales [5]; et si le véritable propriétaire garde le silence, c'est au déposant seul que la chose doit être rendue [6].

40. Observez, du reste, que lorsque l'article 1922 parle du propriétaire de la chose, comme pouvant briser les liens d'un dépôt fait sans son consentement, il n'entend pas exclure du droit de déposer ceux qui ont la jouissance de la chose à un titre qui remplace celui du propriétaire. Ce titre, en pareil cas, équivaut au mandat exprès ou tacite dont parle ce même article. Ainsi, par exemple, le nu propriétaire ne pourrait pas se plaindre du dépôt fait par l'usufruitier. De même, un locataire a droit de déposer la chose louée, sans que le propriétaire puisse élever des prétentions de nature à contrarier cet acte [7]. J'ai loué un cheval pour deux mois, et, devant m'absenter pendant quelques jours, je le dépose chez un voisin de mes amis. Le locateur ne sera pas fondé à réclamer la chose déposée, et à contester la légitimité du dépôt.

ARTICLE 1923.

Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est pas reçue pour valeur excédant 150 francs.

ARTICLE 1924.

Lorsque le dépôt, étant au-dessus de 150 francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de la restitution.

[1] L. 18, § 1, Dig., *de reb. cred.* — Pothier, n° 15.
[2] Pothier, n° 16.
[3] *Id.* — *Junge* Duranton, t. 18, n° 10.
[4] Duvergier, n° 398.
[5] Arg. de l'art. 1937-1938, *infra*, n° 139.
[6] Art. 1937, et *infra*, n° 139.
[7] *Infra*, n° 139.

SOMMAIRE.

41. De la preuve du dépôt.
42. Droit de Justinien à cet égard.
43. Très-ancien droit français.
44. Ordonnance de Moulins sur la preuve testimoniale. Cujas aurait voulu que cette ordonnance ne fût pas applicable au dépôt, et que ce contrat fût dispensé de preuve écrite.
Mais la jurisprudence se conforme à l'ordonnance.
45. Nouvelle ordonnance de 1667. Les art. 1923 et 1341 du Code civ. lui sont conformes.
Quand il n'y a pas de preuve écrite, c'est la conscience du dépositaire qui seule est juge.
Exemples cités pour mettre cette règle en évidence.
46. Néanmoins, on peut déférer le serment.
47. La prohibition de la preuve testimoniale a lieu en justice criminelle comme en justice civile.
48. Exception à la prohibition de la preuve testimoniale dans le cas d'un commencement de preuve par écrit, et de l'art. 1348 du Code civ.
49. Le cachet d'une personne, apposé sur la chose déposée, peut-il être pris pour commencement de preuve par écrit?
N'est-il pas souvent une preuve complète de la propriété?
50. La formule du *fait double* n'est pas applicable au dépôt.
Mais l'acte doit contenir le *bon* ou *approuvé*.

COMMENTAIRE.

41. Les art. 1923 et 1924 traitent de la preuve du dépôt. Il ne suffit pas que le consentement existe, il faut qu'il soit prouvé.

42. Justinien, s'étant aperçu que la foi du dépôt n'était plus assez respectée de son temps, crut devoir remédier à un abus qui contrastait d'une manière si fâcheuse avec les pieuses habitudes des premiers chrétiens [1]. Tantôt, sous prétexte d'une amitié simulée, on soutenait faussement qu'on avait fait un dépôt dans les mains d'un parent ou d'une personne de confiance; tantôt, au contraire, le dépositaire manquant à sa parole niait effrontément avoir reçu la chose, parce qu'elle lui avait été livrée sans témoins et dans le secret. En conséquence, Justinien [2] ordonna que le dépôt ne pourrait se prouver que par un acte rédigé par écrit et souscrit par trois témoins.

43. Anciennement cette constitution n'était pas suivie en France [3]. Dans les temps les plus reculés, les dépôts se faisaient sans témoins et sans écrit, et quand ils étaient déniés, on en prouvait la vérité par la preuve testimoniale, alors autorisée.

44. L'ordonnance de Moulins [4] (on le sait) introduisit un droit nouveau en matière de preuve des conventions. Mais, quelle que fût la faveur avec laquelle elle fut accueillie, des doutes sérieux s'élevèrent sur la question de savoir si elle s'appliquait au dépôt. On disait qu'exiger une preuve écrite de ce contrat, c'était porter la rigueur des formes dans une matière dont la bonne foi est l'âme et l'essence; que ce serait blesser la délicatesse, l'amitié et tous les sentiments généreux qui sont l'honneur du caractère français. C'était l'opinion vers laquelle inclinait Cujas : « *Velim excipi sacri arcanique* » *depositi causam* [5]. » Mais la jurisprudence s'en tint avec rigueur à la lettre de l'ordonnance. On peut consulter à cet égard Louet [6], Danty [7], et surtout Brodeau [8].

On en donnait pour raison (outre la généralité du texte) que l'ordonnance avait été faite dans un intérêt public, pour éviter les procès et prévenir le danger des faux témoignages [9];

Que lorsque le déposant ne s'est pas prémuni par une reconnaissance littérale, attestant l'existence du dépôt, c'est qu'il a suivi la foi du dépositaire. S'en étant rapporté à la conscience de ce dernier, il ne doit pas avoir d'autre juge qu'elle [10]; à peu près comme lorsque l'on fait dépendre une contestation du serment de la partie; si elle se parjure, ce n'est pas aux hommes, c'est à Dieu, scrutateur des cœurs, qu'appartient le soin de la vengeance [11].

45. L'ordonnance de 1667 confirma cette

[1] Attestées par Pline le jeune : « *Ne depositum, appellati, abnegarent.* » — (Epist. 100, lib. 10, à Trajan.)
[2] Authentiq. *si quis vult.*, C., *qui potiores in pignore.*
[3] Boiceau, *De la preuve*, ch. 3, n° 1.
[4] Art. 54.
[5] *Paratitl.* sur le Code, *depositi.*
[6] Lett. D, somm. 33.
[7] Sur Boiceau, addit. au ch. 1, p. 45, et addit. au ch. 3, p. 72 et 73.
[8] Sur Louet, *loc. cit.*
[9] L. 14, C., *de testib.*
[10] Danty, n° 3, add. au ch. 3. — Et Brodeau, n° 3.
[11] Brodeau, *loc. cit.*

jurisprudence [1]. Elle fait la base de l'article 1923 et de l'art. 1341. Ces articles n'ont point voulu, en faveur du dépôt, d'exception quelconque à la règle générale d'après laquelle la preuve testimoniale n'est pas admissible au-dessus de 150 fr. [2].

L'art. 1924 exige que lorsque la valeur de l'objet déposé excède 150 fr., et qu'il n'en est pas dressé acte, celui qui est recherché comme dépositaire en soit cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en fait l'objet, soit pour le fait de la restitution. C'est la consécration formelle de cette doctrine des anciens auteurs, d'après laquelle ce doit être la conscience du défendeur qui décide en dernier ressort la demande de celui qui a suivi aveuglément sa foi [3]. Sa déclaration a un caractère radical d'autorité et de souveraineté.

Ainsi, viendra-t-on prétendre qu'outre les choses contenues dans la reconnaissance du dépôt, il y en a d'autres qui ont été déposées depuis? on n'y sera pas reçu. La déclaration du dépositaire fait pleine foi [4].

Ainsi encore, si on prétend que la chose déposée doit être rendue à Titius et non pas à Sempronius, à qui le dépositaire dit qu'il est chargé de la rendre, c'est encore la déclaration de ce dernier qui l'emportera. Il a le secret du dépôt; il est présumé incapable d'en trahir la foi, et, faute d'écrit, c'est à sa conscience qu'il faut s'en rapporter [5]. Plusieurs arrêts anciens l'ont ainsi décidé. Dans une espèce où une somme de 1,000 liv. avait été déposée avec quelques bijoux entre les mains d'une religieuse pour être remise à une personne dont elle avait le secret, sa seule déclaration fut suivie [6].— Un dépôt d'argent et d'actes avait été fait à un particulier à qui chacune des parties avait confié son secret. Un arrêt du parlement de Pau du 18 décembre 1677 décida qu'il ne pouvait être interrogé à raison de ce secret [7].

Louis Le Givre faisait des visites fréquentes chez Chéron, qui avait une jeune sœur. Chéron le pria de ne plus venir chez lui, de peur que ses assiduités n'écartassent les partis sortables. Pour avoir la liberté de continuer ses visites, Le Givre fit un billet de 3,000 fr. payable au porteur; il le donna à Chéron pour le remettre à sa sœur en cas qu'il ne l'épousât pas dans un certain temps.

Dans la suite, Le Givre se marie à une autre personne, et fait assigner Chéron pour rendre le billet. Chéron répond que le billet lui a été confié avec prière de le remettre à une tierce personne, sous une condition à lui expliquée et qui devait demeurer secrète; que cette condition étant arrivée, il avait remis ce billet suivant l'intention de Le Givre.

Condamné par le bailliage de Soissons, Chéron disait sur son appel :

« Le dépôt est un contrat de bonne foi; la bonne foi doit y régner souverainement; par conséquent, les conditions sous lesquelles un dépôt a été fait doivent être inviolablement gardées. Un dépositaire ne peut jamais être obligé de rendre un dépôt qui n'est plus entre ses mains, et dont il s'est dessaisi suivant l'intention de celui qui l'en a chargé.

» Le Givre peut d'autant moins exiger que Chéron révèle la condition de ce dépôt, qu'elle doit être secrète, puisque cette condition peut intéresser d'autres personnes que lui. »

La cour, par arrêt de la quatrième chambre des enquêtes, du 14 mai 1705, réforma, et condamna Le Givre aux dépens [8].

Il est donc clair que la déclaration du dépositaire a, faute d'écrit, une autorité tranchante et une puissance décisive.

46. Néanmoins le serment peut être déféré au défendeur.

47. La prohibition de la preuve testimoniale accompagne les dépôts de valeur excédant 150 fr. dans les tribunaux criminels comme dans les tribunaux civils.

Quand on poursuit un dépositaire pour violation de dépôt en vertu de l'art. 408 du Code civ. [9], il faut avant tout établir par écrit l'existence du dépôt si la somme excède 150 fr., sans quoi la voie criminelle serait un moyen détourné d'arriver à une preuve

[1] Toullier, t. 9, n° 29.
[2] *Supra*, *Prêt*, n° 39.
[3] Favard, tribun. — Fenet, t. 14, p. 511.
[4] Danty, p. 73 et 74.
[5] *Id.*, n° 2.
[6] Arrêt du parlement de Paris du 15 décembre 1664, *Journal des audiences*, t. 2, liv. 3, ch. 59, p. 351; Brillon, *Dépôt*.
[7] *Journal des audiences*, t. 3, liv. 11, ch. 43; Brillon, *loc. cit.*
[8] Augrand, t. 1, p. 816, ch. 262.
[9] *Voy.* sur cet article Faustin Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*.

défendue par la loi civile. Les arrêts sont ponctuels à cet égard, et les auteurs si unanimes, qu'il est inutile d'y insister plus longtemps [1].

48. La preuve testimoniale peut cependant être admise, tant en matière civile qu'en matière criminelle, s'il existe un commencement de preuve [2] par écrit et si les parties se trouvent dans le cas de l'art. 1348 du Code civ.

49. A ce sujet, l'on fait cette question : Lors de l'inventaire des biens d'un défunt, il se trouve sous le scellé une cassette cachetée des armes d'une tierce personne, sans qu'il apparaisse d'aucun écrit. Les cachets qui y sont apposés sont-ils comparables à un commencement de preuve par écrit? Non sans doute. Mais l'existence de ces cachets peut, suivant les circonstances, être considérée comme une preuve complète et une démonstration matérielle de la propriété du demandeur. En général, ce qui se trouve marqué à la marque de quelqu'un est censé lui appartenir, ainsi que l'enseigne Mascardus [3], et qu'on peut l'inférer de la loi 14, Dig., *de periculo et comm. rei venditæ*. C'est également l'opinion de Danty [4]. Il s'agit moins ici de la preuve d'un dépôt, que d'une question d'identité et de propriété.

50. Comme le dépôt n'est pas un contrat synallagmatique parfait, la formalité du *fait double* [5] ne lui est pas applicable [6].

Mais l'acte sous seing privé du dépôt doit contenir le *bon* ou *approuvé* de l'art. 1326 du Code civ.; car cet acte est unilatéral [7].

ARTICLE 1925.

Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.

Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un dépositaire véritable. Elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt.

ARTICLE 1926.

Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans les mains du dépositaire; ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

SOMMAIRE.

51. De la capacité des personnes qui font un dépôt.
De la femme mariée non marchande publique.
52. Conséquence de la nullité des dépôts dans lesquels figurent des incapables.
Et d'abord, que doit-on décider quand c'est l'incapable qui a reçu le dépôt?
53. Suite. Position de la question.
54. Sous le rapport de la diligence, le contrat ne produit pas les effets détaillés dans les art 1927 et suiv.
55. *Quid* sous le rapport de la restitution de la chose déposée? L'incapable doit rendre la chose. Quelle action a contre lui le déposant?
56. *Quid* si la femme dépositaire sans l'autorisation de son mari avait aliéné la chose déposée? Du cas où elle s'est enrichie par l'aliénation et du cas où son mari en a profité.
57. Le mineur qui a tiré profit de la chose déposée est tenu *in quantum locupletior factus est*.
58. Le mineur ou l'incapable *doli capax* est tenu en cas de détournement frauduleux du dépôt.

---

[1] Merlin, *Q. de droit*, vº *Suppression de titres*. — Toullier, t. 9, nº 148. — Dalloz, t. 1, p. 72. — T. 9, p. 96 et 101. — Mangin, *Tr. de l'act. publ.*, nº 171. — Br., 3 nov. 1831; *J. de Br.*, 1831, 2, 103; Delvincourt, t. 6, p. 87.
[2] Art. 1347.
[3] *De jure mercator.*, lib. 3, c. 9, *in fine*.
[4] P. 76.
[5] Art. 1325, Code civ.
[6] Toullier, t. 8, nº 326.
[7] *Id.*, nº 304. — *Supra*, nº 7.

Exemples.

Arrêt du parlement de Normandie où les circonstances ont fait décharger un mineur coupable de détournement de deniers déposés entre ses mains.

59. Du cas où le déposant et le dépositaire sont incapables l'un et l'autre. L'incapacité du déposant ne diminue pas la responsabilité du dépositaire incapable.

60. Du dépôt fait par un incapable à une personne capable.

Le Code civil n'a pas suivi sur ce point les idées de Pothier.

61. La nullité est relative. *Quid* si l'affaire de l'incapable a été bien administrée? Pourra-t-il se refuser à indemniser le dépositaire?

COMMENTAIRE.

51. Le dépôt est soumis à la règle de toutes les conventions; il ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter [1].

Prenons pour exemple la femme mariée non marchande publique, qui ne peut s'obliger sans le consentement de son mari. Quel danger n'y aurait-il pas à laisser la femme maîtresse de recevoir des dépôts? Quel abus des personnes malintentionnées ne pourraient-elles pas faire de sa faiblesse? S'il lui était permis de recevoir des dépôts sans l'autorisation maritale, il ne tiendrait qu'à elle de ruiner son époux en supposant des dépôts qui n'auraient pas été faits entre ses mains; et les héritiers de ce dernier seraient exposés à des recours sans fin et sans limites par la légèreté ou la collusion de la femme avec des tiers de mauvaise foi. Aussi a-t-il été jugé qu'une femme ne peut se charger seule d'un dépôt; le consentement de son mari lui est nécessaire [2], sans quoi le dépôt est nul; à moins que le mari n'ait été d'intelligence avec elle pour mieux exercer une coupable surprise [3].

52. Voyons cependant les conséquences d'un dépôt dans lequel des incapables interviennent.

Et d'abord, qu'arrivera-t-il si c'est l'incapable qui a reçu le dépôt [4]?

53. La nullité peut être envisagée sous le rapport de la diligence que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose, et sous le rapport de la restitution de cette chose.

54. Sous le premier rapport, le contrat ne produit pas les effets détaillés dans les art. 1927 et suivants du Code civ.; et si des dommages et intérêts étaient réclamés pour défaut de garde et de soins, le vice du contrat mettrait le dépositaire à couvert [5].

55. Sous le second rapport, il n'en est pas ainsi; autrement la protection donnée à l'incapable serait une protection donnée au vol. Nul, même un incapable, ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Expliquons cette proposition.

Nous parlions tout à l'heure d'une femme mariée. Lorsque la chose déposée sans le gré de son mari existe encore entre ses mains, le déposant aura une action en revendication pour la reprendre; ce ne sera pas, à proprement parler, l'action *depositi*, puisque le défaut d'autorisation allégué par la femme pour échapper à la demande en responsabilité rendra le contrat nul; mais ce sera l'action *ad exhibendum* [6], ou bien l'action en revendication qui appartient à quiconque veut reprendre sa chose non aliénée ou engagée [7]. C'est ainsi que l'article 1926 qualifie cette action. Le mot de revendication employé par lui se lie au premier paragraphe de l'art. 1925, et démontre que le législateur n'a pas considéré les rapports respectifs comme constituant un dépôt. Et quand Zachariæ soutient que cette dénomination est impropre, et que le mot restitution serait préférable, attendu que l'action en revendication n'a lieu que contre les tiers et nullement contre ceux qui sont liés par des quasi-contrats [8], je crois cette critique trop sévère. Pourquoi le propriétaire ne pourrait-il pas se mettre au-dessus d'un contrat dont on lui oppose la nullité, laisser à l'écart l'action personnelle, et préférer l'action réelle pour reprendre sa chose? Cela n'est pas nouveau en droit

[1] Pothier, n° 5.

[2] Mornac, *Depositi*, 4. — Brodeau, sur Louet, lettre F, sommaire 11, n° 5. — Danty, p. 73. Arrêt du 14 avril 1613.

[3] Danty, p. 73.

[4] Art. 1926.

[5] Zachariæ, t. 3, p. 108. Voy. *supra*, *Prêt*, n° 52.

[6] Cujas, sur la loi 2, Dig., *commod.* (*Pauli ad edict.*, lib. 29.)

[7] *Supra*, *Prêt*, n° 50.

[8] T. 3, p. 109, note 2. — Et t. 1, p. 467, note 1.

français, et on en trouve de notables et très-juridiques exemples dans les art. 2102, n° 4, du Code civ. [1], et 576 du Code de comm.

56. Si la femme avait aliéné la chose, le déposant ne pourrait la revendiquer en mains tierces par le principe du droit français : *Les meubles n'ont pas de suite*. Mais si la femme avait fait profit de la vente, il y aurait lieu à une action tendant au remboursement de ce qui a tourné à son profit [2]; et cette action serait bien et dûment exercée tant contre elle, sur ses propres, que contre son mari ou les héritiers de ce dernier [3], s'il avait profité de l'aliénation. Cette action, on le voit de reste, ne découlerait pas du dépôt, mais du principe d'équité d'après lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

57. Cette obligation de rendre la chose quand elle existe, ou d'indemniser le déposant *in quantum locupletior factus est depositarius*, s'applique à tous les incapables quelconques. Ulpien le décide formellement en ce qui concerne le mineur [4].

58. Alors même que l'incapable ne se serait pas enrichi, si cependant il avait détourné ou dissipé le dépôt par dol, pourrait-il être tenu de dommages et intérêts? Nous supposons qu'il est *doli capax*. Ulpien enseigne l'affirmative dans la loi 1, § 15 [5], Dig., *depositi;* et tous les commentateurs du Code sont d'avis que, nonobstant l'art. 1926 du Code civ., on peut intenter l'action correctionnelle en violation de dépôt soit contre la femme, soit contre le mineur *doli capax*, et par conséquent les faire condamner à des dommages et intérêts pour réparation de ce délit [6].

Il est certain que l'incapable n'est pas restituable contre son délit ou quasi-délit (article 1310, Code civ.); le délit commis par un incapable l'oblige à le réparer. Or, quel est le but de l'art. 1926? De préciser les conséquences d'un dépôt fait à un incapable, abstraction faite de tout dol, *si dolus non intervenit*, comme le dit Ulpien à propos du cas où il faut rechercher s'il s'est enrichi. Mais quand il y a dol caractérisé, fraude évidente, la situation change : le dol ne doit jamais avoir de privilége.

Ainsi supposons que Pierre ait déposé un collier entre les mains d'une de ses parentes, femme mariée non autorisée, et que celle-ci, par méchanceté, le brise en morceaux. Ce cas n'est certainement pas celui que prévoit l'art. 1926; et bien que la femme ait fait le mal sans autre profit que de donner satisfaction à sa vengeance, bien qu'elle n'en ait retiré aucun avantage matériel, elle sera passible d'une action en dommages et intérêts.

Il en sera de même si, par cupidité et de mauvaise foi, elle détourne le dépôt pour s'en appliquer le profit; l'application de l'article 408 du Code pénal pourrait même être requise [7].

Opposera-t-on que le déposant a eu tort de se confier à une personne incapable? Je réponds que cette personne étant *doli capax* n'a pu ignorer les conséquences de la violation d'un dépôt. Il ne faut pas un grand discernement pour savoir combien cette action est répréhensible [8].

J'ai pris pour exemple une femme mariée, parce que la connaissance du mal étant inséparable de son âge et de son état, l'application du principe de responsabilité est plus manifeste. Mais en ce qui concerne le mineur, bien que les règles soient les mêmes théoriquement, néanmoins elles peuvent être modifiées dans la pratique par l'appréciation du caractère et de l'intelligence de la personne, et par une foule de circonstances variables au milieu desquelles peut se trouver placé le mineur.

En voici un exemple :

Bernard, greffier à Coutances, avait envoyé au nommé Delarue, écolier à Paris, dont il recherchait la sœur, le prix d'un terme de son greffe pour le payer au propriétaire. Delarue, au lieu de faire l'usage indiqué du dépôt confié à ses mains imprudentes, dissipa la somme. Bernard le pour-

[1] Mon *Comment. des hypoth.*, n°s 187 *bis* et suiv.
[2] Danty, p. 73.
[3] *Supra*, *Prêt*, n° 51.
[4] L. 1, § 15, Dig., *depositi*. — Cujas, l. 2, Dig., *comm.* (*Pauli ad edict.*, lib. 29).
[5] *Junge*, l. 9, § 2, Dig., *de minoribus*. — *Supra*, *Prêt*, n° 53. — Cujas, sur la loi 2, Dig., *de comm.* (*Pauli ad edict.*, lib. 29).
[6] Delvincourt, t. 8, p. 392, notes. — Duranton, t. 18, n° 35. — Zachariæ, t. 3, p. 109. — Duvergier, n° 394.
[7] Delvincourt et Duranton, *loc. cit.* — Dalloz, *Dépôt*, p. 53, n° 8.
[8] Favre, sur la loi 1, § 15, Dig., *depositi*.

suivit pour le faire condamner par corps à la restitution. Mais la sentence du premier juge ne prononça qu'une restitution civile. Bernard appela au parlement de Rouen, en tant que la contrainte par corps n'avait pas été adjugée, et un contre-appel de Delarue mit en question non-seulement la contrainte par corps, mais encore la restitution des deniers. En vain l'avocat de Bernard établit-il que le mineur *doli capax* est sujet à la peine établie par les lois : *Placet in delictis minoribus non subveniri* [1]; que dans la cause, il s'agissait d'une violation de dépôt, dont le divertissement est un larcin véritable; que la minorité ne saurait servir d'excuse en ce cas; que le mineur est tenu comme le majeur, *si dolo aliquid fecit in re deposita* [2], parce que *malitia supplet ætatem*. Le parlement de Rouen, par arrêt du 28 janvier 1672, déchargea Delarue de la condamnation civile [3]. On considéra sans doute que le déposant avait agi avec une imprudence répréhensible, en exposant à une tentation trop forte un écolier livré à lui-même au milieu des plaisirs et des dissipations de Paris; que la faute de ce jeune homme avait été provoquée par une faute énorme de Bernard. Peut-être y avait-il aussi d'autres circonstances, non relevées par les arrêtistes, qui achevèrent d'excuser Delarue sous le rapport du discernement et de la facilité du caractère.

Au surplus, ce n'est là qu'un arrêt d'espèce. Je le cite, non comme décision de principe, mais comme exception aux principes généraux.

59. Ce n'est pas seulement dans le cas où le déposant est une personne capable que les actions autorisées par l'art. 1926 trouvent leur place contre l'incapable qui a reçu un dépôt; c'est encore quand le déposant est lui-même incapable. L'art. 1926 est à la vérité conçu dans des termes ambigus. Mais il est impossible qu'il ait voulu faire de l'incapacité du déposant un motif pour diminuer la responsabilité du dépositaire [4].

60. Venons maintenant au cas où une personne incapable, une femme, un mineur, non autorisés, font un dépôt à une personne capable. Pothier enseignait qu'il n'y avait pas de dépôt dans le for intérieur, et que le dépositaire ne contractait que l'obligation *negotiorum gestorum* pour le rendre à qui de droit [5]. Il oubliait que les contrats passés par les incapables ne sont nuls que d'une nullité relative, et jamais d'une nullité absolue. L'art. 1925 est conçu dans d'autres idées; il décide que la personne qui a reçu le dépôt est tenue de toutes les obligations du dépositaire, et qu'elle peut être poursuivie par le tuteur et l'administrateur de la personne qui a fait le dépôt.

61. Quant à l'incapable, il pourra toujours faire annuler ou rescinder le contrat pour se soustraire aux obligations que le dépôt fait peser sur le déposant. Mais remarquez que dans ce cas, si le dépositaire a utilement géré l'affaire, il aura l'action *negotiorum gestorum* pour se faire indemniser (art. 1375). Notez aussi qu'il faut pour cela que l'affaire ait été bien administrée [6].

TROISIÈME SECTION.

DES OBLIGATIONS DU DÉPOSITAIRE.

SOMMAIRE.

62. Division. Tableau des matières traitées dans la section 3. De l'action qui sert de sanction aux obligations contenues dans cette section.

COMMENTAIRE.

62. Les obligations du dépositaire remplissent toute la section 3. Nous allons les

[1] L. 9, § 2, Dig., *de minoribus*.
[2] L. 9, § 2, précitée.
[3] Basnage, *sur Normandie*, art. 592, p. 557.
[4] Merlin, *Répert.*, v° *Revendication*, § 3.
[5] N° 6.
[6] Zachariæ, *loc. cit.*

passer successivement en revue dans le commentaire de chacun des articles dont cette section se compose. Nous verrons : 1° quels devoirs sont imposés au dépositaire dans la garde de la chose déposée [1]; 2° quelles sont ses obligations en ce qui concerne la restitution de cette chose [2]. Ce sont là les deux grandes divisions de la section 3.

Les obligations du dépositaire ont pour sanction une action en justice dont nous nous occuperons au n° 74.

ARTICLE 1927.

Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.

SOMMAIRE.

63. Du degré de vigilance que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose déposée.
Il n'est pas tenu de la faute très-légère d'après l'ancien droit; il ne l'est pas non plus d'après le Code civil.
64. Ulpien ne le rend même pas responsable de la faute légère quand le dépôt est gratuit. Il n'en est pas plus responsable sous le Code civil.
65. Il n'est tenu que du dol et de la faute lourde, qui ressemble au dol.
Nulle clause ne peut l'en affranchir.
66. Qu'est-ce que la faute lourde? Du dépôt fait à un homme peu soucieux de ses propres affaires. Du dépôt fait à un homme diligent par habitude.
67. Liaison relativement à ces questions du Code civil avec l'ancien droit.
L'art. 1927 est la reproduction des principes du droit romain.
Opinion de Portalis invoquée pour rectifier celle de Defermon.
68. Dans l'ancien droit, quelques interprètes avaient pensé que le dépositaire, vigilant pour ses propres affaires, ne commettait pas une faute lourde s'il était moins vigilant pour la garde du dépôt.
Rejet de cette opinion.
69. Elle est inconciliable avec l'art. 1927.
70. Cas dans lequel Ulpien écarte la responsabilité du dépositaire. Il ne veut pas qu'on lui fasse un grief de ce que, de bonne foi et ayant juste sujet de se tromper, il a remis la chose à un autre qu'au vrai déposant.
71. Le dépositaire serait-il responsable si, dans un incendie, il sauvait sa chose plutôt que la chose déposée?
Différence entre le dépositaire et l'emprunteur. — En principe, l'emprunteur est tenu dans l'hypothèse proposée. Le dépositaire ne l'est pas.
72. Il serait responsable cependant si la chose déposée était de celles dont la perte est irréparable, tandis que la sienne, à laquelle il aurait donné la préférence, était de peu de valeur.
73. Résumé sur ces principes généraux. Renvoi pour le cas particuliers où le dépositaire est tenu plus sévèrement.
74. De l'action *depositi directa* qui sert de sanction aux obligations du dépositaire.
Traits généraux de cette action.
75. Pourrait-on convenir que le déposant n'aura pas l'action *depositi* contre le dépositaire?
Solution affirmative d'Ulpien.
Conciliation de cette opinion avec le principe que le contrat ne peut mettre le dépositaire à l'abri de la responsabilité pour dol.
Sentiments divers des jurisconsultes. Quel est celui qui doit prévaloir?

COMMENTAIRE.

63. Le dépositaire doit ses soins à la garde de la chose déposée. Mais quel est le degré de vigilance qu'il doit y apporter? Cette question occupe une place considérable dans les lois romaines et dans les travaux des interprètes. Recherchons comment elle a été résolue dans le passé, et comment le Code civil veut qu'on la résolve aujourd'hui.

Et d'abord, les partisans les plus prononcés de la division tripartite des fautes reconnaissaient autrefois que le dépositaire n'était pas tenu, en principe, de la faute très-légère [3]. Il va sans dire que le Code civil

---

[1] Art. 1927, 1928, 1929, 1930, 1931.
[2] Art. 1932 et suiv.

[3] Voet, *Depositi*, n° 7.

n'a pas été plus rigoureux, à l'égard du dépositaire, que ces stoïques investigateurs des manquements de l'homme dans la garde de la chose d'autrui.

64. Ulpien écarte même la faute légère toutes les fois que le dépôt est gratuit [1]. Car le contrat ne concerne que l'utilité du déposant; et le dépositaire, qui rend un office d'ami, ne doit pas être traité avec trop de sévérité et de minutie. Cette décision est encore dans les idées du Code civil. Elle ressort des termes positifs de l'art. 1927, dont nous allons voir tout à l'heure le sens se développer d'une manière plus manifeste.

65. Où commence donc la responsabilité de ce dernier? Elle commence, suivant Ulpien, au dol [2], ou, d'après Celsus, à la faute lourde, qui est une sorte de dol [3]. Le dépositaire a été choisi pour sa fidélité [4], et il y a manque de foi chez lui s'il se laisse aller à des omissions dolosives, ou à des faits de négligence supine aussi coupables que le dol [5]. Quand même la convention porterait que le dépositaire ne pourrait être recherché pour sa faute lourde ou pour son dol à venir, l'action du déposant n'en conserverait pas moins sa force et son intégrité. Une telle stipulation serait contraire aux bonnes mœurs et à la bonne foi. Elle tomberait d'elle-même [6].

Toutes ces décisions sont confirmées par notre article 1927, qui a suivi pas à pas les errements de l'ancien droit.

66. Mais à quel signe reconnaîtra-t-on cette faute lourde dont le dépositaire doit rendre compte? Le jurisconsulte Celsus a répondu à cette question dans la loi 32 Dig., *depositi*. Si le dépositaire, dit-il, n'apporte pas à la garde du dépôt le même soin qu'à ses propres affaires, il manque de fidélité, il est coupable de fraude : « *Fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit.* »

De là deux conséquences, qui diffèrent suivant que le dépositaire est négligent dans la gestion de ses intérêts, ou soigneux de leur conservation.

Ainsi, avez-vous confié un dépôt à un ami peu soucieux de ses affaires? Ne vous plaignez pas de le trouver négligent dans la garde de la chose déposée; car il agit pour vous comme il a coutume d'agir pour lui-même. Pourvu qu'il ne soit pas coupable de fraude ou d'une incurie affectée, il sera irresponsable [7]. Et d'ailleurs, ne vous en prenez qu'à vous-même du choix peu réfléchi que vous avez fait en vous confiant à lui [8].

Mais, par contre, le dépositaire est-il un père de famille vigilant par habitude? S'il se montre moins vigilant dans la garde du dépôt, il sera répréhensible et sa fidélité aura fait défaut [9].

Il suit de là que, dans le contrat de dépôt, le même fait peut être tour à tour absous ou condamné, suivant la capacité du dépositaire. On le juge, non pas d'une manière abstraite, mais d'une manière relative [10].

67. Telle est aussi la volonté du Code civil. Notre article est la reproduction exacte de cette doctrine des jurisconsultes romains. Defermon avait paru en douter lors de la discussion du titre *du Dépôt* au conseil d'État : il prétendait que si le dépositaire était négligent ou inconsidéré dans ses propres affaires, il ne devait pas l'être impunément à l'égard du dépôt dont il était chargé [11]. Mais Portalis lui répondit en retraçant les règles d'appréciation relative, données par l'ancienne jurisprudence [12]. Il rappela que le dépositaire qui rend un service d'ami ne doit pas être soumis à une responsabilité aussi étendue que celle dont Defermon se constituait le défenseur; qu'on ne doit obliger le dépositaire qu'aux mêmes soins qu'il donne à ses propres affaires; que le dépo-

[1] L. 1, §§ 8 et 9, Dig., *depositi*. — Ulpien expose la théorie des fautes et confirme sa décision dans la loi. L. 5, § 2, Dig., *commod.* — *Junge* l. 18, *de regulis juris*. — Pothier, *Dépôt*, n° 26.

[2] Ulp., l. 5, § 2, Dig., *comm.* — Et l. 1, § 8, Dig., *comm.*, *dolum duntaxat*.

[3] Celsus, l. 32, Dig., *depositi* : « *Latiorem culpam » dolum esse.* » — *Junge* l. 1, C., *depositi*, dans laquelle l'empereur Alexandre dit : « *Dolum solum et latam culpam præstare debent.* » — Arrêt de Provence du 19 décembre 1641 (Boniface, t. 2, liv. 4, tit. 15).

[4] Mon *Comment. de la société*, n° 368.

[5] Doneau, sur la loi 1, C., *depositi*. Son commentaire sur ce sujet est développé et lumineux.

[6] Ulpien, l. 1, § 7, Dig., *depositi*. — *Supra*, n° 4; mais *voy.* surtout *infra*, n° 75, une opinion de Noodt à laquelle je réponds.

[7] Mon *Comment. de la vente*, n° 389 et 390.

[8] Inst. de Justinien, *quib. modis re contrahit.*, § 3. — Caius, l. 1, § 5, Dig., *de oblig. et act.* : mon *Comment. de la société*, t. 2, n° 567 et suiv.

[9] Celsus, l. 32, Dig., *depositi*. — Favre, *Rationalia* sur cette loi.

[10] Doneau, sur la loi 1, C., *Depositi*, n° 14.

[11] Fenet, t. 14, p. 484.

[12] *Id.*

sant a été libre de son choix; que s'il a mal placé sa confiance, il a commis une faute de nature à couvrir dans une certaine mesure la négligence du dépositaire. — Ces solides réflexions fermèrent la bouche à Defermon; elles achèvent de fixer le vrai sens de l'art. 1927.

68. Je dois dire, au surplus, que les anciens interprètes n'étaient pas tous d'accord sur l'opinion que nous venons d'émettre au sujet de la responsabilité du dépositaire attentif et diligent. Plusieurs soutenaient que si ce dépositaire laissait échapper quelque faute légère en elle-même, il ne fallait pas lui en faire supporter la responsabilité, quand même il ne l'eût pas commise vraisemblablement dans le gouvernement de ses affaires; car, disaient-ils, le dépôt n'est pas un de ces contrats dans lesquels la faute légère est recherchée. Or, qu'est-ce que la faute légère, sinon l'omission de ce degré de vigilance qui est l'apanage du bon père de famille? Donc, en faisant supporter au dépositaire ordinairement vigilant et attentif la responsabilité du défaut de ces soins qui sont dans ses habitudes de bon père de famille, on lui impute, non pas une faute lourde, mais une faute légère; on s'écarte de l'esprit du contrat de dépôt, qui, n'ayant en vue que l'utilité du déposant, n'est pas d'une sévérité si exigeante à l'égard du dépositaire.

Tels étaient les raisonnements d'Accurse [1]. Favre les a combattus [2], en démontrant que le dépositaire, qui n'est pas aussi vigilant pour le dépôt que pour sa propre chose, se rend coupable d'infidélité, et tombe par conséquent dans la faute lourde, et non pas seulement dans la faute légère. C'est aussi le sentiment de Pothier [3]. Et il est évident que telle omission, qui en théorie pourrait n'être qu'une faute légère, devient ici une faute lourde, un manque de foi, à cause de l'infériorité dans laquelle le dépositaire a tenu la chose déposée, à cause de l'inégalité affectée qu'il a mise entre elle et ses propres choses [4].

69. Au reste, notre article a tranché législativement la difficulté; il s'est prononcé pour l'opinion de Favre et de Pothier, et ne laisse aucune place à la controverse. C'est au juge à en faire l'application avec équité et mesure, en appréciant sagement les habitudes de la personne et les circonstances dans lesquelles elle s'est rencontrée.

70. Ulpien donne un exemple de non-responsabilité qui mérite d'être cité [5].

Un objet a été déposé chez moi par un esclave. Croyant que Titius était son maître, je lui en ai fait la restitution de bonne foi; mais c'était une erreur de ma part. Cet esclave n'appartenait pas à Titius, mais à Sempronius. Dans ces circonstances, Sempronius aura-t-il contre moi l'action de dépôt? Non, répond Ulpien, d'après Celsus. En effet, j'ai agi de bonne foi; mon erreur, exempte de dol, a été déterminée par des apparences de nature à me tromper. D'ailleurs Sempronius ne s'est pas fait connaître, et je n'ai pu le deviner. Il y a en droit de fréquents exemples de payements faits par erreur à un faux créancier, et sanctionnés à cause de la bonne foi du débiteur qui les a faits [6].

Cette opinion d'Ulpien nous paraît fondée sur une appréciation aussi équitable qu'exacte des faits soumis à son jugement. Mais il ne faut pas oublier que les circonstances font singulièrement varier la décision de ces sortes de cas.

71. On demande si le dépositaire serait en faute dans le cas où, au milieu d'un danger de ruine ou d'incendie, il aurait sauvé sa chose de préférence à la chose déposée.

En principe, on ne saurait lui faire aucun reproche. Le dépositaire n'est pas tenu, comme l'emprunteur [7], de préférer la chose qui est sous sa garde à celle qui lui appartient. Car, bien différent de l'emprunteur qui a reçu un service, c'est lui qui en rend un. Tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'après avoir mis sa chose en sûreté, il s'occupe avec zèle de sauver le dépôt confié à ses soins.

72. Toutefois, si la chose déposée était d'une grande valeur, ou que la perte en fût

[1] Durnnton est de ce sentiment; il l'exprime même comme une vérité textuelle, sans dire qu'il a toujours eu de sérieux et puissants adversaires (t. 18, n° 37).

[2] *Rationalia* sur la l. 32, Dig., *depositi*. — *Voy.* aussi son livre *De erroribus pragmatic.*, dec. 76, error 2.

[3] *Dépôt*, n° 27.

[4] Mon *Comment. de la vente*, n° 391.

[5] Il l'a été par Pothier, n° 28.

[6] Arg. des lois suivantes : Papinien, l. 33, Dig., *de condict. indebiti*, Julianus, l. 31, § 3, Dig., *de solutionibus*; Ulpien, l. 18, Dig., *de solutionibus*; Scævola, l. 88, Dig., *de solutionibus*. — *Infra*, 143 et 162.

[7] Art. 1882, *supra*.

irréparable, tandis que les objets appartenant au dépositaire et sauvés par lui seraient d'une minime importance, il y aurait de sa part un manque de fidélité à avoir donné la préférence à sa propre chose. Son devoir était de courir au plus pressé et d'agir comme pour lui-même.

Du reste, ce sacrifice exigé par la bonne foi ne saurait dégénérer pour lui en cause de perte. L'art. 1927 lui donne la faculté de se faire indemniser par le déposant de la valeur de la chose dont il s'est privé pour la sûreté du dépôt [1].

73. Tels sont les principes relatifs à la garde de la chose déposée; telle est l'application qu'il en faut faire en discernant avec sagacité les nuances de chaque cause. Nous allons voir dans l'article suivant dans quelles circonstances le dépositaire est tenu d'une manière plus rigoureuse et plus étroite.

74. Mais, avant tout, nous ferons observer que, pour sanctionner les obligations retracées dans notre article, la loi a établi une action connue dans le droit sous le nom d'action directe de dépôt, *actio depositi directa*. Cette action est gouvernée par la bonne foi et l'équité [2]; elle embrasse tous les devoirs dont la section 3 traite successivement, et que nous avons résumés au n° 62. Elle est personnelle [3]; elle appartient à celui qui a fait le dépôt [4] ou à ses héritiers [5], contre le dépositaire [6] et ses héritiers [7]. Elle n'a point pour auxiliaire la contrainte par corps, réservée contre les dépositaires nécessaires, les séquestres et les dépositaires publics [8]. Elle est prescriptible par trente ans [9].

75. Nous disions tout à l'heure, au n° 65, que les parties ne peuvent valablement stipuler que le dépositaire sera exempt de recherches pour le dol à venir. Mais pourra-t-on convenir que le déposant n'aura pas l'action de dépôt contre le dépositaire? L'affirmative est décidée par Ulpien, dans la loi 7, § 15, et par Paul, dans la loi 27, § 3, Dig., *de pactis* [10].

Ces deux idées paraissent en contradiction l'une avec l'autre. Car, interdire au déposant d'exercer l'action de dépôt, c'est couvrir implicitement du manteau de l'impunité tous les délits que le caprice du dépositaire se permettra; c'est proclamer l'irresponsabilité de ce même dépositaire en ce qui concerne le dol à venir.

On concilie cependant de trois manières cette apparente antinomie.

Ou la convention dont il s'agit a pour but d'interdire au déposant toute action quelconque, même l'action en restitution de l'objet déposé; et alors, comment le dépositaire pourrait-il commettre un dol en usant et abusant de cet objet, puisque le déposant, par une exception formelle au cours ordinaire des choses, lui en a accordé le droit [11]?

Ou bien, comme le veut Bartole [12], la convention en question ne doit pas s'entendre de l'interdiction de réclamer l'objet déposé; car la restitution du dépôt est une condition substantielle, sans laquelle il n'y aurait pas contrat de dépôt; et dans ce cas, le pacte dont il s'agit, postérieur à des faits accomplis, n'est relatif qu'au dol passé et ne saurait couvrir le dol à venir. Cette dernière interprétation, qui a de nombreux partisans, est acceptée comme la meilleure par le président Favre [13].

Enfin, une troisième explication a été donnée par Noodt [14]. Ce savant jurisconsulte veut que la portée de ce pacte soit seulement de mettre le dépositaire à l'abri, non pas de la recherche pour dol, mais de la responsabilité pour simple faute ou négligence.

Pour moi, je n'adopte ni le sentiment de Bartole ni celui de Noodt. D'abord, pour répondre à Bartole, je dirai qu'Ulpien et Paul marquent assez dans leurs décisions qu'ils ont en vue un pacte portant sur des faits à venir. Ensuite (et ici je m'adresse à Noodt), la remise de la faute à venir, imputable de droit au dépositaire, ne me paraît pas moins incompatible avec la morale que la remise

[1] Pothier, n° 29. — Duranton, n° 38. — Duvergier, n° 428.
[2] Tryphonius, l. 31, Dig., *depositi*. — Noodt, *Depositi*, p. 286, col. 1.
[3] Pothier, n° 60.
[4] Justin, l. 11, C., *depositi*.
[5] l. 1, § 17, Dig., *depositi*, Ulpien.
[6] § 1, Inst., *de action*.
[7] Diocl. et Maxim., l. 8, C., *depositi*.
[8] Art. 2060, Code civ.
[9] Mon *Comment. de la prescription*, n° 478.
[10] *Junge* Noodt, sur le titre *Depositi*, p. 289, col. 1. — Favre, sur la loi 1, § 7, Dig., *depositi*.
[11] Bartole rappelle cette opinion: sur la loi 27, § 3, Dig., *de pactis*.
[12] *Loc. cit.*
[13] *Ration.* sur cette même loi.
[14] *De pactis*, c. 19, p. 442, col. 1 et 2.

du dol à venir, condamnée par Noodt. Si la faute lourde est comparable au dol, si elle est un manque de foi du dépositaire, comme tous les jurisconsultes le déclarent, est-ce qu'elle doit trouver protection dans un contrat aussi fortement dominé par l'équité que le dépôt? Je pense donc que la première interprétation est la meilleure; je crois qu'Ulpien et Paul ont eu en vue un dépôt d'une nature particulière, dans lequel le déposant a voulu que le dépositaire fût exempt de recherches, s'en reposant sur sa bonne foi et son libre arbitre pour la remise de la chose. Il lui a dit : « Prenez cette » chose; je vous la donne si vous la voulez; » sinon gardez-la-moi et vous me la ren- » drez. »

Il y a une autre clause qui tient de la précédente, et qui a lieu lorsque le déposant dirige contre ses héritiers la prohibition d'intenter l'action. Par exemple, je défends à mes héritiers d'inquiéter, par l'action *depositi*, Pierre, entre les mains duquel j'ai déposé 200 fr. La pensée du déposant est alors celle-ci :

Voulant faire passer cette chose, après sa mort, à une tierce personne, dont il est de son intérêt que nul autre que le dépositaire n'ait connaissance (*puta*, parce que c'est une restitution de chose volée), il a défendu d'exercer contre ce dépositaire l'action *depositi*, afin de prévenir, par cette précaution, les recherches indiscrètes de ses héritiers. Il semble au premier coup d'œil que puisque le déposant peut s'interdire à lui-même l'action *depositi*, il peut, à plus forte raison, l'interdire à ses héritiers. Sous ce dernier rapport, cependant, on se demande si une telle clause ne serait pas en opposition avec la teneur de l'art. 1939 du Code civ. qui veut que, dans le cas de décès du déposant, la chose soit remise à ses héritiers, de préférence à toute autre personne indiquée.

Nous répondons à cette objection par une distinction :

Si la défense d'intenter l'action est insérée dans un acte de dernière volonté, valable en la forme, elle peut se soutenir à titre de legs [1]. Ce n'est qu'autant qu'ayant en vue le décès du déposant, elle serait contenue dans un acte entre-vifs, qu'elle serait susceptible de critique [2].

ARTICLE 1928.

La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur :

1° Si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt;

2° S'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt;

3° Si le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire;

4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.

SOMMAIRE.

76. Retour sur l'art. 1927, et transition.
77. Le dépositaire peut, dans certaines circonstances accidentelles, être tenu plus sévèrement que le dol ou la faute lourde.
Détails de ces circonstances aggravantes.
78. 1er cas. Si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt.
En quel sens ceci doit être entendu.
79. Il faut assimiler au dépositaire qui s'est offert lui-même celui qui, par état, est appelé à recevoir des dépôts.
Des notaires.
Des aubergistes et hôteliers.
80. 2e cas. Si le dépôt est salarié, le dépositaire doit être jugé plus sévèrement.
Le salaire transforme le contrat en louage d'ouvrage.
Dans le commerce, le dépôt n'est presque jamais gratuit.
81. Suite.
82. 3e cas d'aggravation. Si le dépôt a été fait dans l'unique intérêt du dépositaire.
Ce cas n'est pas imaginaire. Quoique rare, il y en a des exemples.
83. Ce genre de dépôt présente même une question délicate, négligée par les auteurs modernes, et qui

[1] *Infra*, n° 150.

[2] *Loc. cit.*

consiste à savoir pour qui périt la chose ainsi déposée. Elle sera traitée au n° 92.

84. Au reste, quand même le dépôt ne serait pas fait dans l'unique intérêt du dépositaire, et lors même que l'intérêt du déposant s'y trouverait mêlé, le dépositaire, ne rendant pas un pur service d'ami, devrait être traité plus sévèrement que le dépositaire ordinaire.

85. Dans les trois cas d'aggravation énumérés aux n°s 78, 80, 82, la responsabilité du dépositaire peut-elle s'élever jusqu'à la faute légère?

86. 4e cas. La convention peut augmenter la responsabilité légale.

Mais il faut que cette convention soit expresse.

COMMENTAIRE.

76. Nous venons de voir qu'en principe général, le dépositaire n'est tenu que du dol ou de la faute lourde que le droit assimile au dol. Nous avons dit que l'art. 1927, d'accord avec le droit romain, donne une règle de comparaison pour apprécier la faute lourde, et qu'il la juge, non pas en considérant le fait d'une manière abstraite et en lui-même, mais en le référant aux habitudes de vigilance du dépositaire et à sa conduite ordinaire dans la gestion de ses affaires.

77. Plus de rigueur cependant doit être apportée dans le jugement du fait dommageable, lorsqu'il intervient des circonstances particulières qui sortent de la nature du dépôt, et forcent à soumettre la conduite du dépositaire à d'autres règles d'appréciation. Ce surcroît de sévérité n'est pas commandé par les principes naturels au dépôt, puisque nous supposons que, dans l'état où se trouvent les parties, elles ont dérogé à la nature du dépôt; il provient, nous le répétons, de circonstances accidentelles: « *Quod tamen intelligendum est*, dit » très-bien Doneau, *nunquam accidere* EX » NATURA DEPOSITI, *sed ita demum si quid* » *extra depositum intervenerit quod deposita-* » *rium periculo levis culpæ alligaret* [1]. »

Voyons quelles sont ces circonstances aggravantes de la responsabilité du dépositaire.

78. La première a lieu si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt. Notre article a puisé ce premier chef d'aggravation dans une décision du jurisconsulte Ulpien [2], adoptée par le droit canonique [3].

Mais, pour se faire des idées justes à cet égard, il ne faut pas s'imaginer que ce redoublement de vigilance, exigé du dépositaire, doive avoir lieu par cela seul qu'il a fait des offres de service au déposant qu'il a vu embarrassé. Non sans doute! Ulpien et l'art. 1928 du Code civil n'ont pu vouloir paralyser l'empressement de l'amitié, l'élan de la bienveillance qui viennent au secours de l'homme cherchant une personne de confiance, et n'osant peut-être pas faire la demande directe de se charger du dépôt. Mais ce qui les a frappés, c'est ceci: Une personne n'ayant pas l'intention de faire un dépôt est abordée par une autre qui lui dit: « Vous » vous absentez; il y a imprudence à vous » laisser votre argenterie dans une maison » qui, bien que gardée, n'est cependant pas » à l'abri d'un coup de main nocturne. Con» fiez-la-moi: je vous la conserverai soi» gneusement [4]. » Dans ce cas, vous apercevez tout de suite une suggestion officieuse, qui a déterminé le déposant à faire ce à quoi il ne songeait pas, et a entraîné sa confiance par la promesse implicite, mais nécessaire, d'une vigilance plus grande que d'habitude. Le déposant ne doit donc pas trouver extraordinaire qu'on exige de lui ce surcroît de soins qu'il a tacitement fait espérer.

Ou bien encore:

Je sais que vous avez l'intention de faire un dépôt à Paul, et je viens vous demander de me donner la préférence [5]. Il est encore évident que je m'engage par là à une diligence plus grande que celle que vous attendiez de Paul. Il faudra que je me montre plus soigneux dans la garde du dépôt.

Voilà dans quelles circonstances on peut dire, avec Ulpien et l'art. 1928, que le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt. Doneau en a très-judicieusement fait l'observation, et c'est sa pensée que nous venons de reproduire [6]. Je suis porté à

---

[1] Sur la loi 1, C., *depositi*, n° 21.
[2] L. 1, § 35, Dig., *depositi*.
[3] *Decret. Gregor.*, lib. 3, tit. 16, *De deposito*, c. 2. — Grégoire IX, an 1235.
[4] Doneau, *loc. cit.*, n° 24.
[5] *Id.*
[6] *Loc. cit.*

croire que c'était aussi celle de Pothier [1] et du président Favre [2], lorsqu'ils font remarquer qu'en allant s'offrir à la garde du dépôt, le dépositaire a pu empêcher qu'on ne la donnât à une personne plus soigneuse. Il me semble que ces deux jusisconsultes entendent par là que le dépositaire doit avoir fait quelque chose pour entraîner la préférence du déposant; que son offre doit avoir été accompagnée de promesses implicites d'une diligence plus minutieuse et plus exacte. Mais ils ne se sont pas expliqués avec la même clarté et la même précision que Doneau, et leur idée n'est pas exprimée d'une manière complète.

79. J'assimile au dépositaire signalé dans le premier paragraphe de notre article celui qui, par état ou par la nature de ses fonctions, est appelé à recevoir des dépôts. Tels sont les notaires à qui l'on confie la garde de titres, de deniers; leur office est un appel à la confiance; ils sont censés la mériter par leur zèle, leurs habitudes de bons pères de famille. Supposer que, comme un dépositaire ordinaire, ils peuvent être négligents dans l'administration de leur patrimoine, est une injure à leur caractère. *Spondent peritiam et diligentiam.*

L'aubergiste et l'hôtelier sont dans le même cas. Ils sont censés promettre bonne garde et vigilance à ceux qui viennent chez eux; les dépôts qui leur sont confiés sont placés sous l'égide des soins diligents du père de famille.

80. Le second cas, où la responsabilité du dépositaire est jugée avec plus de sévérité, se présente quand il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt [3].

Nous avons vu ci-dessus que le dépôt volontaire est essentiellement gratuit [4]. Quand donc il a été stipulé un salaire pour le dépositaire, le contrat perd son caractère de dépôt pur et simple; il est transformé; il participe du louage, et n'est dépôt que d'une manière impropre [5]. Je crois avoir établi ci-dessus cette proposition sur des bases plus fortes que toutes les objections. Il ne faut donc pas s'étonner si notre article, d'accord avec Ulpien [6], soumet ce dépositaire imparfait à une responsabilité plus grande que le vrai dépositaire. Telle était aussi la disposition du droit canon [7]. Le salaire qu'il reçoit établit une différeuce marquée entre lui et le dépositaire désintéressé qui rend un service d'ami.

C'est pourquoi dans le commerce, où le dépôt n'est presque jamais gratuit, le dépositaire n'est pas seulement assujetti à la responsabilité de la faute lourde et du dol. Les dispositions de l'art. 1918 lui sont applicables.

81. On n'assimilera pas au dépositaire salarié celui qui reçoit de légers cadeaux en signe de reconnaissance du déposant. Un tel dépositaire n'exige rien; il n'a point stipulé de salaire.

82. La troisième cause d'aggravation de la responsabibilité du dépositaire a lieu lorsque le dépôt a été fait « uniquement pour l'intérêt du dépositaire : » je copie les termes de l'art. 1928.

Ce cas n'est pas imaginaire, comme l'ont cru quelques auteurs modernes [8], et la loi 4, au Dig., *de reb. credit.*, empruntée aux écrits d'Ulpien, en offre un exemple positif. Voici cette loi : Vous croyez avoir besoin d'une somme d'argent pour acheter un héritage qui doit être adjugé dans trois mois, et vous me priez de vous prêter cette somme le cas échéant. J'y suis entièrement disposé, et même l'amitié qui règne entre vous et moi me porte à n'exiger de vous aucun intérêt. Mais, comme je suis sur le point de partir pour un voyage lointain, je vous laisse la somme en question pour que vous l'employiez, s'il y a lieu, à votre acquisition. Il est entendu que vous n'avez voulu vous obliger à titre de prêt qu'autant que votre achat se serait réalisé [9], et qu'auparavant vous n'avez consenti à être qu'un dépositaire. Dans ces circonstances, il a paru clair à tous les interprètes que ce dépôt avait été fait dans l'intérêt unique du dépositaire [10], et je ne conçois pas qu'on puisse mettre en

[1] N° 30.
[2] *Ration* sur la loi 1, § 38, Dig., *depositi.*
[3] *Junge* Doneau, sur la loi 1, C., *depositi*, n° 24. — Scaccia, § 1, quæst. 7, part. 2, ampl. 3, n° 26.
[4] N° 11.
[5] *Voy.* ci-dessus, n° 11, les expressions de Scaccia
[6] L. 5, § 2, Dig., *comm.*
[7] *Decret. Gregor.*, lib. 3, tit. 16, *De deposito*, c. 2 Greg. IX, an 1235).
[8] Duranton, t. 18, n° 40.
[9] Le texte insiste deux fois sur cette circonstance.
[10] Bartole, sur la loi 4, Dig., *de reb. cred.* — Doneau, sur cette même loi : « *Res deposita est solius depositarii causa.* » — Favre (*Ration.* sur cette loi) : « *Depositum factum est, non gratia deponentis, sed causa depositarii.* » — Pothier, *Dépôt*, n° 32.

doute cette idée. L'intérêt du déposant ne se trouverait mêlé à l'intérêt du dépositaire qu'autant que le prêt contiendrait une stipulation d'intérêts, ainsi que l'a remarqué Bartole [1]; mais on suppose, dans l'espèce proposée, que le prêt a été désintéressé.

Il est donc certain que voilà un dépôt fait dans la vue seule d'obliger le dépositaire. Et l'on ne peut pas dire que l'affaire intervenue entre les parties est plutôt un commodat, un prêt. Non! ces noms ne lui conviennent pas. On ne peut lui trouver de qualification légale que dans le dépôt.

Il est vrai qu'un tel dépôt ne sera pas le dépôt normal; il s'en écartera par des circonstances qui en altèrent la nature. Mais l'on reconnaît en droit des dépôts irréguliers [2]; il y en a de plus d'une sorte, et celui-ci est du nombre.

83. Une question plus grave que celle-ci, et que les auteurs modernes ont négligée, consiste à savoir si ce dépositaire, dans l'intérêt duquel le dépôt a été fait, sera tenu simplement de la faute, ou bien s'il sera responsable également de la force majeure. C'était là un notable sujet de disputes dans l'ancienne jurisprudence et parmi les interprètes du droit romain. Nous nous en occuperons dans le commentaire de l'article 1929 [3].

84. Au reste, pour que la responsabilité du dépositaire s'élève au-dessus de la faute lourde et du dol, il n'est pas nécessaire que le dépôt ait été fait dans son unique intérêt. Il suffit que son intérêt se trouve mêlé à celui du déposant, et qu'il ne rende pas un pur office d'ami. Nous en avons vu un exemple dans le § 2 de l'art. 1928, et c'est au reste ce qu'enseigne Doneau [4].

85. Il reste à nous demander si cette rigueur, à laquelle l'art. 1928 soumet le dépositaire dans ses §§ 1, 2 et 3, peut aller jusqu'à le rendre responsable de la faute très-légère. L'affirmative, enseignée par la plupart des auteurs qui ont écrit avant le Code civil, ne saurait nous faire hésiter à rejeter la faute très-légère. Dans les principes adoptés par le Code civil, ce que doit le gardien d'une chose, c'est la diligence du bon père de famille (art. 1137); sa responsabilité est celle de la faute légère, et, pour abaisser ou élever cette responsabilité, il faut une disposition formelle de la loi. Dans le dépôt, la responsabilité du dépositaire a été adoucie par l'art. 1927, qui abaisse le degré de vigilance au-dessous du niveau réglé par l'art. 1137. C'est seulement dans les cas déterminés par l'art. 1928 que la responsabilité est jugée avec plus de sévérité. Mais comme l'art. 1928 ne parle pas de la faute très-légère, il est censé s'en référer au droit commun, renfermé dans l'article 1137; et dès lors le dépositaire a satisfait pleinement à son mandat en s'acquittant des devoirs du bon père de famille. Exiger de lui les soins du très-bon père de famille serait une exagération [5] en désaccord avec les idées mitoyennes du Code civil sur la responsabilité des fautes.

86. Le quatrième et dernier cas, dans lequel le dépositaire est tenu au delà des limites de l'art. 1927, a lieu quand les parties sont convenues que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute, c'est-à-dire, soit de la faute légère, soit même de la faute très-légère [6]. Les conventions font la loi des parties; elles doivent être observées de bonne foi, surtout lorsque, comme dans l'espèce, elles tendent à soumettre à une observation plus scrupuleuse et plus étroite de la fidélité promise. Descendre au-dessous du dol et de la faute lourde serait blesser la bonne foi et autoriser un délit; la loi ne le veut pas. Mais s'élever par convention au-dessus de la responsabilité légale, c'est donner des garanties plus fortes à la bonne foi et bannir toute occasion de délit. La loi admet volontiers cette stipulation.

Toutefois, elle ne la suppose pas facilement, par cela seul qu'un tel pacte tend à sortir des arrangements déterminés *a priori* par la mesure et la sagesse du législateur. Elle entend donc que la volonté des parties soit positive, claire, formelle: *nominatim*, dit Ulpien, et ce mot est traduit par l'adverbe *expressément* dans le paragraphe final de l'art. 1928.

---

[1] *Loc. cit.*, n° 5.

[2] *Voy.* ce que nous disons à cet égard, *infra*, sur l'art. 1932, n° 115.

[3] *Infra*, n° 92.

[4] Sur la loi 1, C., *depositi*, n°s 24 et 25. — *Supra*, n° 80

[5] *Junge* mon *Comment. de la vente*, n° 361; et mon *Comment. du louage*, n°s 345, 916 et 981.

[6] Ulp., l. 1, §§ 6 et 35, Dig., *depositi*: « *Si hoc nominatim convenit.* »

ARTICLE 1929.

Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée [1].

SOMMAIRE.

87. Le dépositaire n'est pas tenu de la perte arrivée par force majeure.
88. A moins que la convention ne la mette à sa charge.
89. Il en est tenu quand il est en demeure.
90. A moins que la chose n'eût également péri chez le créancier.
91. Dans le dépôt irrégulier, la perte retombe sur le dépositaire.
Raison de cette exception. Renvoi pour la définition du dépôt irrégulier. Il est surtout pratiqué dans le commerce.
92. Au compte de qui est la perte dans le dépôt fait dans l'unique intérêt du dépositaire.
Décision d'Ulpien contre le dépositaire. Doutes dont elle a été l'objet. Son véritable sens exposé par Doneau et le président Favre.
Pothier en adopte un autre déjà enseigné par Bartole, et qui, moins conforme que le précédent à la pensée d'Ulpien, est cependant préféré par l'article 1929 du Code civ.
93. Objection résolue.
Différence entre ce cas et le cas de dépôt irrégulier.
94. Pacte qui pourrait rapprocher ces deux cas et identifier le second avec le premier.
95. Le dépositaire doit prouver l'existence de l'événement fatal qui le met dans l'impossibilité de rendre la chose.
Conditions nécessaires pour que cette preuve soit complète.
96. Principes particuliers de la loi hébraïque sur la force majeure appliquée au dépôt.

COMMENTAIRE.

87. Puisque le dépositaire n'est tenu que de son dol ou de sa faute lourde, et que la faute légère ne lui est pas imputable, il est évident que la force majeure est, à plus forte raison, étrangère à sa responsabilité [2]. *Res perit domino* [3].

88. Il faut cependant excepter le cas où une convention expresse aurait mis la force majeure à la charge du dépositaire. « *Item si quis pactus sit*, dit Ulpien, UT EX CAUSA DEPOSITI OMNE PERICULUM PRÆSTET, *Pomponius ait pactionem valere* [4]. » Une telle clause est sans doute rare et exorbitante. Il n'est cependant pas impossible de la rencontrer, surtout dans les dépôts où l'intérêt du dépositaire se trouve mêlé à l'intérêt du déposant.

89. La force majeure passe également sur la tête du dépositaire quand il a été mis en demeure de rendre la chose [5].

90. A moins que la chose n'eût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée [6]. A la vérité il n'est pas toujours facile au dépositaire d'en faire la preuve [7]; mais il y a des cas où il lui est possible de le démontrer, et alors il doit être absous.

91. Il existe une sorte de dépôt connu sous le nom de dépôt irrégulier, et fréquemment pratiqué dans le commerce. Nous en ferons connaître plus bas le caractère et les circonstances [8] : ce dépôt a surtout cela de particulier, que la perte par force majeure tombe sur le dépositaire. C'est une exception à notre article, dont les termes, si généraux qu'ils soient, n'atteignent pas ce cas particulier. Car le contrat dont il s'agit ici n'est pas un dépôt véritable, il n'est qu'un dépôt irrégulier [9]. La propriété de la chose fongible déposée passe sur la tête du dépositaire. On reste donc fidèle à la règle *Res perit domino*, consacrée par notre article, en faisant peser sur le dépositaire la force majeure, et l'on peut dire que c'est obéir à cet article que de ne pas l'appliquer dans cette espèce.

[1] Ce texte est pris presque littéralement dans Pothier, n° 33.
[2] Alexandre, l. 1, C., *depositi*. — *Infra*, art. 1933.
[3] *Voy.* dans mon *Comment. du louage* une dissertation sur la force majeure.
[4] L. 7, § 15, Dig., *de pactis*.
[5] Pomponius, l. 12, § 3, Dig., *depositi*, art. 1929.
[6] Art. 1302, Code civ. — Caius, l. 14, § 1, Dig., *depositi*.
[7] Favre, sur cette loi.
[8] Sur l'art. 1932, n° 115.
[9] Pothier, n° 82.

92. Ici se présente une question plus délicate. Elle consiste à savoir si, dans le dépôt uniquement fait dans l'intérêt du dépositaire (dépôt dont nous avons vu un exemple au n° 82), la force majeure est au compte de ce dernier. Nous avons déjà dit que cette difficulté partageait les anciens auteurs [1]. Le moment est venu de l'examiner.

On se rappelle l'espèce de la loi 4 au Dig., *de reb. credit.* [2].

Vous croyez avoir besoin d'une somme d'argent pour acheter un héritage que vous avez en vue, et vous me priez de vous la prêter le cas échéant. Comme je suis sur le point de partir pour un voyage lointain, je vous laisse cette somme afin que vous l'employiez à votre acquisition si tant est que vous deveniez adjudicataire, et en attendant elle reste en dépôt entre vos mains [3]. Ce dépôt est dans votre intérêt, et, partant, Ulpien se demande si la chose périra pour vous ou pour le déposant, et il se prononce en ces termes : *Hoc depositum est periculo ejus qui suscepit.*

Pothier veut, avec Davezan et autres interprètes plus anciens, tels que Bartole, etc. [4], qu'Ulpien ne rende ce dépositaire responsable que de ses fautes, et non pas de la force majeure. Comme dans le commodat la force majeure retombe sur le propriétaire et non sur le détenteur de la chose, il semble étrange à Pothier et aux auteurs dont il suit l'opinion qu'il puisse en être autrement dans le dépôt fait dans l'intérêt du dépositaire, lequel doit, tout au plus, être jugé au point de vue du commodat. Ils restreignent donc le péril, mis à la charge du dépositaire par Ulpien, aux seules fautes qu'il commettra, prétendant que « *periculo est* » ne se doit pas entendre de la force majeure.

Mais qui ne voit que c'est là fausser le sens légitime des mots et abuser des libertés de l'interprétation? Doneau [5] a très-solidement prouvé que le sens de l'expression *periculum* est bien plus large, et qu'il embrasse toute perte quelconque, et surtout la perte par force majeure, comme le prouvent des textes innombrables [6]; que, dans l'espèce, Ulpien a voulu mettre cette perte au compte de la personne qui a reçu l'argent.

Ce sentiment est aussi celui du président Favre [7], et il me semble que c'est là la véritable pensée d'Ulpien. La fin de la loi 4, par son renvoi à la loi 11, Dig., *de reb. credit.*, met cette pensée dans tout son jour. On peut la justifier par d'excellentes raisons que Doneau et Favre ont énumérées. Comme le dépôt n'est ici qu'un acheminement à un prêt qui a été dans l'intention principale des parties, comme le prêt n'a été différé que pour faire plaisir au dépositaire et dans son intérêt, pourquoi une telle affaire, qui ressemble si fort à un prêt conditionnel, ne serait-elle pas jugée par les principes du prêt sur la force majeure?

Je crois cependant que notre article s'oppose à l'adoption de cette solution, et qu'il donne la préférence à l'interprétation de Pothier. C'est ce qui résulte de ces mots : *dans tous les cas*, etc., etc. L'art. 1929 ne saurait être séparé de l'art. 1928, dans lequel le législateur s'est précisément occupé de cette sorte de dépôt où l'unique intérêt du dépositaire est la cause du contrat; or, lorsqu'il a fait allusion à ce contrat d'une nature exceptionnelle, il a eu sous les yeux la loi 4, au Dig., *de reb. credit.*, qui en donne la formule la plus célèbre. Comment ne pas voir dès lors que l'art. 1929 embrasse ce cas particulier aussi bien que les deux autres énumérés dans les §§ 1er et 2 de l'art. 1928, et qu'il en écarte la responsabilité de la force majeure? Cette décision de notre article est sans doute moins conforme à la pensée d'Ulpien que le système de Favre et de Doneau; mais qu'importe? l'art. 1928 a fait œuvre de législateur; il était maître de ses préférences, et il a opté pour Pothier, qui lui a paru plus équitable en même temps que plus conforme au droit commun.

93. Qu'on n'objecte pas l'analogie de ce dépôt avec le dépôt irrégulier signalé ci-dessus au n° 91. En y regardant de près, la différence est énorme.

[1] *Supra*, n° 83.
[2] *Voy.* le titre *du Prêt*, n° 269, et *supra*, n° 83.
[3] Ulpien se sert de ces mots : *Deposuerit apud te.... hoc depositum.*
[4] Sur la loi 4, Dig., *de rebus cred.*, il réfute Joannes et s'appuie sur Azor et autres.
[5] Sur la loi 4, Dig., *de reb. cred.*
[6] *Ut innumeris locis testatum est.* (*Voy.* par exemple l. 11, Dig., *de reb. credit.*)
[7] *Ration.* sur la loi 4, Dig., *de reb. credit.*

Dans le dépôt irrégulier, le dépositaire a le droit de se servir de la chose fongible quand il le veut : c'est pour cela que la chose passe sur-le-champ à ses risques [1].

Dans notre espèce, au contraire, il ne peut l'appliquer à ses besoins que si la condition spécialement prévue se réalise. En attendant, elle est dans ses mains à l'état de dépôt ; il ne lui est pas permis d'ouvrir les sacs, ou de se servir pour d'autres besoins de la somme qui lui a été comptée. Si la condition d'emploi ne se vérifie pas, il doit rendre *corpora nummorum eadem*, pour me servir des expressions de Papinien dans la loi 24, Dig., *depositi*. Tout cela rentre dans les caractères naturels du dépôt, et force par conséquent à rester dans le principe édicté par notre article.

94. Mais, je le répète, si la convention laissait entendre que, *pendente conditione*, le dépositaire aura la faculté de se servir des deniers, sauf à rendre, non pas les mêmes pièces de monnaie, mais autant (*ut tantumdem solveretur convenit*) [2], alors on serait en dehors des limites du dépôt : *Egreditur ea res depositi notissimos terminos* [3], et l'art. 1929 cesserait de protéger le dépositaire contre la force majeure.

95. Rentrons maintenant dans le giron de l'art. 1929. Nous venons de voir qu'en principe le dépositaire n'est pas tenu des accidents de force majeure.

Mais ce sera à lui à prouver l'événement fortuit qui le met dans l'impossibilité de rendre la chose. (Art. 1302 du Code civ.) [4]. Et remarquez que, pour que sa preuve soit complète, il devra se souvenir que lorsqu'il attribuera la perte à certains faits qui ne sont compris dans la force majeure que lorsqu'il n'y a pas eu défaut de soins de sa part, comme incendie, larcin, etc., etc. [5], c'est à lui à prouver que l'événement a eu lieu dans des circonstances plus fortes que sa prévoyance habituelle [6]; sans quoi, il devra indemniser le déposant.

96. La loi hébraïque paraît, du reste, avoir eu, sur ce sujet de la force majeure appliquée au dépôt, des principes différents du droit romain. L'Exode dit, en effet : « Si ce qu'il avait en garde est dérobé, il » dédommagera celui à qui il appartenait. » Mais s'il est mangé par une bête, il rap» portera au propriétaire ce qui en sera » resté, sans être obligé à rien ren» dre [7]! »

ARTICLE 1930.

Il ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant.

SOMMAIRE.

97. Le dépositaire n'acquiert pas le droit de se servir de la chose déposée. Les pactes qui lui donnent ce droit s'écartent de la vraie nature du dépôt. Cujas cité.

98. Si le dépositaire se sert de la chose, il manque à la foi du dépôt.

99. Opinion relâchée des théologiens à cet égard. Vrais principes soutenus par Pothier. Manière de les entendre sainement et sans exagération.

100. Le déposant peut donner au dépositaire la permission de se servir de la chose.

101. Dans quel cas cette permission altère-t-elle le caractère du dépôt ?

102. *Quid* si la chose déposée est une somme d'argent avec permission de s'en servir ? C'est alors un dépôt irrégulier. Renvoi pour les détails de ce dépôt.

103. La permission de se servir de la chose peut être expresse ou tacite.

104. Si le dépositaire s'est indûment servi des sommes d'argent déposées, est-il tenu de plein droit des intérêts?

Le droit romain l'y soumettait. Dumoulin n'en a pas donné la raison véritable. Doneau l'a signalée en disant que dans le droit romain le vol mettait en demeure de plein droit.

Doit-il en être de même sous le Code civil ? Résolution affirmative tirée par argument de l'art. 1302 du Code civ.

Autres arguments secondaires.

[1] *Infra*, sur l'art. 1932.
[2] Pap., *loc. cit. Infra*, art. 1932.
[3] *Id.*
[4] Doneau, sur la loi 1, C., *depositi*, n° 28.
[5] Mon *Comment. du louage*, n° 342. — *Supra*, *Prêt*, n° 84
[6] *Supra*, *Prêt*, n° 87. — *Vente*, n° 402. — *Louage*, nos 221, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 939, 987, 1088, 1092. — *Société*, n° 584.
[7] 22, 12, 13.

Explication d'un arrêt du parlement de Pau du 4 juin 1720.

105. Mais le dépositaire doit-il, outre les intérêts, les avantages et profits qu'il a pu retirer de l'argent détourné?

Exemple curieux.

Solution de Dumoulin adoptée de préférence à celle de Balde et Philippe Dèce.

106. Non-seulement le dépositaire ne peut se servir de la chose; mais, à plus forte raison, il ne doit pas la prêter à d'autres, la vendre, la détourner. Art. 408 du Code pén.

Du droit du déposant contre les tiers de bonne foi à qui la chose déposée aurait été vendue.

107. La perte de la chose détournée est pour le compte du dépositaire infidèle.

Le détournement le met en état de demeure de plein droit.

COMMENTAIRE.

97. Le dépôt ne transfère pas au dépositaire l'usage de la chose déposée. Il ne lui en donne que la garde (art. 1915). Si le contrat a une autre fin que la garde de la chose, s'il en donne principalement l'usage, il est une déviation du dépôt. C'est pourquoi Cujas a très-bien dit : « *Depositum* » *consistit ex custodia, non ex usu... Quæ* » *depositi pecuniæ usum permittit pactio,* » *aberrat a natura depositi* [1]. »

98. Donc, dans un vrai dépôt, le dépositaire ne peut se servir de la chose ou *s'en ayder*, comme disent quelquefois nos anciens jurisconsultes [2]. S'il le fait, il commet une faute lourde, un vrai dol, qui le soumet à une grave responsabilité [3]. Les Romains allaient même jusqu'à voir un vol dans cette infidélité. Notre Code pénal punit comme un abus de confiance le détournement ou la dissipation de la chose confiée à titre de dépôt [4].

99. Lorsque ce sont des sommes d'argent qui ont été déposées, il arrive quelquefois que la certitude morale qu'a le dépositaire d'être en état de représenter la chose le porte à s'en servir; et des théologiens ont émis l'opinion que le dépositaire, en agissant ainsi, ne viole aucun principe de morale et de droit, pourvu que l'argent ne soit pas contenu dans des sacs cachetés.

En principe, cette doctrine est dangereuse; et, sous prétexte d'une certitude morale souvent hasardée, il serait facile d'en abuser. Nous approuvons donc la sévérité de Pothier, qui combat cette tolérance des théologiens [5]. Nous croyons qu'il est plus prudent et plus sage de s'en tenir au principe écrit dans les lois romaines, à savoir, que l'argent déposé ne doit pas être employé par le dépositaire.

Cependant, il ne faudrait pas pousser ce principe jusqu'à une rigueur exagérée. Vous venez me déposer 3,000 fr., que je place dans un tiroir, tandis que j'ai dans un autre tiroir une somme égale ou supérieure qui m'appartient. Que je me serve de cette dernière somme ou de la vôtre, peu importe, pourvu que je reste toujours nanti d'une somme égale, et que je ne m'expose pas à un découvert qui peut vous compromettre. C'est ce qui résulte d'un arrêt du parlement de Paris du 4 juin 1720, rapporté par Merlin [6].

100. Le dépositaire ne peut donc se servir de la chose qu'autant que le déposant lui en a donné la permission [7].

101. Cette permission peut être contemporaine du contrat ou lui être postérieure. Dans l'un et l'autre cas, elle n'enlèvera au dépôt son caractère pur qu'autant que l'usage concédé sera l'affaire principale intervenue entre les parties. Car si l'usage permis n'est que secondaire et accidentel, le dépôt restera pur et simple et ne sera pas affecté par cette concession [8].

102. Si cependant la chose déposée était fongible, et que ce fût par exemple une somme d'argent, comme dans le passage de Cujas cité au n° 97, la permission de s'en servir donnerait au contrat une altération plus profonde et lui imprimerait le caractère de dépôt irrégulier, ainsi que nous le verrons plus bas avec détail [9].

103. La permission peut être expresse ou tacite, textuelle ou présumée [10]. On ne présume pas facilement la permission de se ser-

[1] Cujas, *Quæst. papin.*, lib. 9, l. 21, Dig., *depositi*. *Junge* Noodt, *Depositi*, p. 284, col. 2, et 285.

[2] Brillon, *Dépôt*, n° 4.

[3] L. 3, C., *depositi*. (Gordianus.) — L. 4, *ibid.* — Paul, l. 29, Dig., *depositi*.

[4] Art. 408, Code civ.

[5] N° 37, dernier alinéa.

[6] V°. *Dépôt*, § 4, n° 13, note. — *Infra*, n° 104, *in fine*.

[7] Paul, l. 21, et l. 1, Dig., *depositi*.

[8] *Supra*, n° 28.

[9] *Infra*, n° 115, sur l'art. 1932. — Voy. *supra*, n°s 33, 91, 93.

[10] *Textus hic*. — Pothier, n°s 36 et 37.

vir des sommes d'argent déposées [1], ou des choses qui se détériorent par l'usage qu'on en fait [2]. Au reste, tout dépend des circonstances.

104. Quand le dépôt consiste en sommes d'argent et que le dépositaire s'en est indûment servi, les lois romaines et leurs commentateurs décident qu'il est redevable de plein droit des intérêts [3], à partir de l'emploi [4]. Quelle en est la raison?

Dumoulin, se fondant sur un passage de la loi 3, C., *depositi*, a essayé de la donner en ces termes : Bien qu'il n'y ait ni convention pour faire courir les intérêts, ni mise en demeure, ils n'en sont pas moins dus; car le dépositaire, pouvant être poursuivi *in duplum* par l'action de vol, doit se féliciter de ce que le déposant a préféré la voie plus douce de l'action *depositi*, et la simple demande des intérêts légaux : « *Magis gratulari* » *quod minus cum eo agitur*. » Mais il ne faut pas croire pour cela que les intérêts légaux viennent directement de la nature et de l'énergie de l'action *depositi* : « *Directo sive ipsa* » *vi vel natura actionis depositi*. » Ce serait une grande erreur. Ils prennent leur source dans cette circonstance accidentelle et étrangère à la nature de l'action intentée, à savoir, que le déposant pourrait agir par une action plus grave contre le dépositaire, et qu'il le ménage en se bornant aux intérêts : « *Sed* » *veniunt* (*usuræ*) *accidentaliter præter natu-* » *ram actionis intentatæ, propter illud extrin-* » *secum accidens, quod actor graviorem actio-* » *nem amittit, ad commodum depositarii* [5].

Si ces raisons étaient la base unique des décisions du droit romain, elles ne seraient plus applicables sous le Code civil. Comme nous ne connaissons pas l'action *in duplum*, le déposant n'aurait au civil que l'action de dépôt (*depositi directa*), dont la nature, au dire de Dumoulin, ne comporte pas d'intérêts de plein droit.

Et quant à l'action correctionnelle pour abus de confiance, le déposant ne pourrait en tirer argument pour dire au dépositaire : Pourquoi vous plaignez-vous de ce que je vous réclame des intérêts de plein droit? Ne me devez-vous pas des remercîments d'avoir préféré cette demande à l'action pénale? Non, répondrait le dépositaire; car votre option n'empêche pas le ministère public de pouvoir me poursuivre, et alors les intérêts viendront se cumuler avec la peine de l'art. 408. Jamais le droit romain n'a voulu autoriser ce double emploi.

Mais, hâtons-nous de le dire, Dumoulin, contre son ordinaire, n'a pas mis le doigt sur la raison première et déterminante du droit romain. Il s'est attaché à une simple considération, oubliant un principe supérieur écrit dans les textes les plus respectables. Qu'est-ce, en effet, que l'application de la chose déposée au besoin du dépositaire? Un abus de confiance, un délit que les Romains englobaient dans la catégorie du vol. Or ne sait-on pas que le vol mettait le coupable en demeure de plein droit [6]? N'est-ce pas une règle invariable que la chose ainsi détournée passait aux risques du détenteur, de telle sorte qu'il était responsable même de la force majeure, tout aussi bien que s'il eût été mis en demeure par des actes exprès? C'est pourquoi Doneau, remontant plus haut que Dumoulin, enseignait que si les lois 3 et 4 au C., *depositi*, soumettaient à des intérêts de plein droit le dépositaire infidèle, c'est parce qu'en employant à ses propres besoins l'argent déposé, il avait commis le genre de délit qui met en demeure par la force des choses, et équivaut à une interpellation : « Depositarius, in deposito, duobus » modis moram facit : uno modo, si inter- » pellatus depositum non reddat; altero » modo, si pecuniam depositam in usus suos » convertat [7]. » Et plus bas : « Is qui pecu- » niam in suos usus convertit, hoc ipso moram » facit, ut non sit necessaria alia mora [8]. »

Je conviens, avec Dumoulin, que les intérêts ne sont pas dans l'obligation directe du dépositaire; qu'ils sont demandés et infligés *extra rem* [9]. Mais qu'importe, puisque la demande en est légitimée par l'inaccomplissement de l'obligation, qui mérite une peine?

Au reste, Dumoulin lui-même ne contestait pas que les intérêts ne fussent dus, et c'est l'opinion de tous les auteurs antérieurs

[1] Pothier, n° 37.
[2] *Id.*
[3] L. 3, 4, C., *depositi*.
[4] Dumoulin, *De usuris*, n° 626. — Scævola, l. 28, Dig., *depositi*.
[5] N° 627.

[6] L. 8, § 1, Dig., *de condict. furt.* — L. 20, Dig., *id.* — L. 7, C. *de condict. ob turpem. Infra*, n° 107.
[7] Sur la loi 2, C., *depositi*, n° 2.
[8] Sur la loi 3, C., *depositi*, n° 1.
[9] Doneau, sur la loi 4, C., *depositi*, n° 4.

au Code civil. Un arrêt du parlement de Pau, du 12 janvier 1678, l'a ainsi décidé [1].

Doit-il en être autrement aujourd'hui? Je ne le pense pas [2]. Les art. 1146 et 1153 ne sont pas une objection sérieuse contre cet avis, puisqu'en principe le détournement frauduleux contient une mise en demeure implicite et nécessaire. L'art. 1302 du Code civil, en effet, le décide ainsi toutes les fois qu'il s'agit de la perte occasionnée par force majeure. Il en rend le détenteur responsable parce qu'il voit dans la soustraction une véritable mise en demeure équivalant à une interpellation. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour faire courir les intérêts? S'il y a interpellation implicite pour mettre la force majeure à la charge du délinquant, pourquoi pas pour lui faire supporter les intérêts ?

La seule objection spécieuse qu'on pourrait faire contre ce système, c'est que l'art. 1302 ne place à l'état de demeure que le voleur d'une chose, et que, d'après la théorie de notre Code pénal, l'abus de confiance, en matière de dépôt, n'est pas un vol caractérisé. Néanmoins, je pense que le mot *vol* ne doit pas être pris, dans l'art. 1302, avec une signification restrictive, et qu'il embrasse tous les cas que le droit romain englobait dans le *furtum* [3].

Après cela, on peut tirer une analogie des art. 1846 et 1996 du Code civil. Je reconnais cependant que les cas ne sont pas identiques, et que ce dernier argument n'est pas à lui seul décisif.

Du reste, on fera bien de consulter les circonstances pour savoir si, par une interprétation favorable sans être forcée, il ne serait pas possible de supposer un consentement probable du déposant à l'usage de la chose déposée. C'est peut-être en admettant l'existence de ce cas de bonne foi que le parlement de Pau, par un arrêt du 4 juin 1720 [4], déchargea de la demande d'intérêts de plein droit un avocat qui ne s'était servi de l'argent déposé que parce qu'il était en état de le rendre toujours et à chaque instant, et qu'il n'en avait fait aucun profit.

Mais nous disons qu'en thèse ordinaire, et lorsqu'il y a abus caractérisé, les intérêts sont dus *ex mora*.

105. Maintenant, si l'on nous demande si le dépositaire doit, outre les intérêts, les avantages et profits qu'il a pu retirer du détournement de l'argent déposé, nous nous prononcerons pour la négative.

Formulons d'abord un exemple. La jurisprudence en signale un très-mémorable et très-curieux :

Un seigneur avait déposé chez un notaire 400,000 livres. Un financier se présenta chez ce notaire et dit au maître clerc que s'il pouvait lui prêter dans les vingt-quatre heures 400,000 livres, s'il s'engageait à les rendre dans un mois avec 100,000 livres en sus. Le clerc ne sut pas résister à cette offre séduisante ; il livra les 400,000 livres à l'insu de son patron. Heureusement que l'emprunteur tint sa promesse : les 400,000 livres furent restituées avec la prime de 100,000 livres [5]. En droit, le propriétaire des 400,000 livres pouvait-il prétendre que ce bénéfice devait lui revenir ? — Dans un cas semblable, Balde [6] et Philippe Dèce [7] soutiennent l'affirmative. Ils se fondent sur la loi *qui sine*, 38, Dig., *de negot. gest.*, et sur ce que le dépositaire ne doit pas s'enrichir par la chose déposée. Mais Dumoulin leur reproche d'être tombés dans une erreur supine, *nimis supine labuntur;* et d'avoir à la fois péché contre les principes généraux et contre les textes particuliers à la matière [8]. C'est une règle vulgaire, en effet, que la chose achetée de mauvaise foi par un tiers avec mon argent ne m'appartient pas et ne doit pas m'être rendue [9] ; et l'empereur Gordien le décide même expressément dans le cas d'un achat fait par un dépositaire infidèle avec l'argent déposé [10]. En vertu de ce principe, les théologiens ont enseigné avec raison que lorsque l'usurier fait de gros bénéfices avec l'argent soutiré par l'usure, il n'est tenu que du dommage qu'il a causé, et non pas

[1] *Répert.* de Merlin, v° *Intérêt*, § 4, n° 13, note.

[2] Delvincourt, t. 8, notes, p. 397. — Duranton, t. 18, n° 53. — Dalloz, *Dépôt*, p. 59, n° 12. — *Contra*, Duvergier, n° 470.

[3] *Infra*, n° 107, il y a un cas qui se lie à celui-ci et sert à fortifier notre solution.

[4] Cet arrêt est cité par Merlin, *Répert.*, v° *Intérêt*, § 4, n° 13, note. — Voy. *supra*, n° 99.

[5] Aublet de Maubuy, *Dépôt*, p. 41, cite cet exemple remarquable.

[6] Sur la loi 2, C., *pro socio*, q. 10.

[7] Sur la loi *certi condict.*, § *fin.*, n° 3, *de reb. credit.*, et *si cert. petat.*

[8] *De usuris*, n° 628.

[9] L. 17, C., *de pignorib.* — (Diocl. et Maxim.).

[10] L. 6, C., *de rei vindicat.*

de restituer ces bénéfices extrinsèques [1]. Il est donc certain que le dépositaire ne peut être recherché pour les avantages qu'il s'est procurés par son industrie ou son négoce. Il n'en doit pas compte au déposant, à qui il suffit de ne pas perdre.

Et quant à la loi *sine*, alléguée par Balde, comment ce jurisconsulte n'a-t-il pas vu qu'elle n'est pas applicable? Elle est relative à un administrateur qui a pris la gestion de mes affaires, qui, par conséquent, me doit compte de ce que lui a procuré l'exercice de mes fonds, alors même qu'il les a employés sous son nom. Mais cette responsabilité ne peut être étendue sans abus à celui qui ne s'est pas engagé à négocier ou à administrer pour moi : *Secus in eo qui non tenetur nobis negotiari*. Ce sont les paroles de Dumoulin.

Supposons que le dépositaire d'une somme d'argent s'en serve pour se livrer au jeu et qu'il gagne beaucoup. Par l'événement le déposant n'aura rien perdu ; aucun dommage ne lui aura été occasionné; et l'on voudrait qu'il pût retirer des mains du joueur le gain disputé aux hasards de la fortune? A quel titre? Est-ce que le dépôt est une cause lucrative pour le déposant? Ce dernier ne doit-il pas se contenter des intérêts légaux que le droit lui accorde à cause de la demeure où le fait même du détournement place le dépositaire?

On oppose [2] que nul ne doit s'enrichir par son délit. Oui, sans doute, quand c'est aux dépens d'autrui. Mais, lorsqu'il n'y a de dommage pour personne, la raison de droit est que nul n'a d'action pour enlever le gain à celui qui l'a fait à ses risques et périls. N'oubliez pas la décision de Gordien, contenue dans la loi 6 au C., *de rei vind.* C'est là qu'est écrit le principe juridique qu'on perd de vue quand on persiste dans la thèse de Balde et de Dèce.

106. Puisqu'il est défendu au dépositaire de se servir de la chose déposée, il lui est à plus forte raison interdit de la prêter à d'autres, de la détourner en façon quelconque, de la vendre. L'abus de confiance en matière de dépôt est un délit sévèrement puni par la loi pénale [3].

Du reste, dans le cas de vente faite à des tiers, le déposant n'aurait pas d'action en revendication contre ces derniers, à moins qu'ils ne fussent de mauvaise foi. Cette solution, contraire à la doctrine de Pothier [4], est la conséquence de l'art. 2279 du Code civil, et de la règle protectrice de la propriété mobilière, qu'*en fait de meubles la possession vaut titre*. J'ai exposé les principes du droit moderne dans mon *Commentaire de la prescription* [5], et j'en ai montré l'application spéciale au contrat de dépôt [6].

107. Lorsque la chose déposée a été l'objet d'un détournement coupable, et qu'elle vient à périr, elle périt pour le compte du dépositaire infidèle, alors même que la force majeure l'aurait enlevée. La raison en est que le délit qu'il a commis le met en perpétuelle demeure et fait passer la chose à ses risques et périls [7]. L'art. 1302, qui le décide ainsi pour le cas de vol, s'étend par identité de raison à la violation du dépôt, qui, quoique n'étant pas dans notre droit moderne un vol caractérisé, constitue cependant un détournement frauduleux, lequel doit être assimilé au vol en ce qui concerne la demeure du détenteur infidèle. L'art. 1302 n'est que la reproduction de la loi 20 au Dig., *de condict. furtiva*, laquelle, embrassant dans une vue générale tous les détournements frauduleux, et même les simples abus de l'usage et de la possession, s'exprime ainsi : « *Quia videtur qui, primo* » *invito domino, rem contrectaverit, semper in* » *restituenda ea, quam nec debuit auferre, mo*» *ram facere* [8].

[1] Saint Thomas, 2, quæst. 74, art. 3 et autres.
[2] Le recueil de Dalloz, v° *Dépôt*, p. 59, n° 13.
[3] Art. 408 du Code pén.
[4] *Dépôt*, n° 43.
[5] T. 2, n°s 1040 et suiv.
[6] N° 1070.

[7] Ulp., l. 1, § 23, Dig., *depositi*. — Pothier, n° 43. *Junge*, l. 8, §§ 1 et 20, Dig., *de condict. furt.*, et l'article 1302.
[8] Tryphonius. *Junge*, l. 7, C., *de condict. ob turp. caus.*

ARTICLE 1931.

Il ne doit pas chercher à connaître quelles sont les choses qui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé, ou sous une enveloppe cachetée.

SOMMAIRE.

108. L'art. 1931 contient plus qu'un conseil de probité, il impose un devoir juridique.

Si le dépositaire ne respecte pas le secret du dépôt, il commet un dol.

109. Quand le déposant a fait connaître au dépositaire le secret du dépôt, ce dernier ne doit pas le divulguer.

Sénèque veut même que, pour l'intérêt du déposant, le dépositaire puisse nier à des tiers l'existence du dépôt qu'ils n'ont pas le droit de connaître.

Trait admirable de la vie de Lamoignon.

Autres exemples. Nul n'est fondé à exiger du dépositaire le secret de son dépôt.

Même les héritiers du déposant : il suffit que le déposant affirme qu'il n'a pas rendu à une personne prohibée.

COMMENTAIRE.

108. L'art. 1931 n'est pas seulement un conseil de probité, il impose encore un devoir juridique, à savoir, de respecter le secret dont le déposant a voulu environner son dépôt [1]. Agir contre cette intention est une infidélité énorme, un véritable dol [2]; et si quelque dommage résultait pour le déposant de l'ouverture du coffre ou de la rupture de l'enveloppe, le dépositaire en serait tenu [3].

109. Lorsque le déposant a porté la confiance jusqu'à faire connaître au dépositaire le secret des choses déposées, ce dernier manquerait à la fidélité s'il divulguait à d'autres cette communication intime [4]. Dans combien de cas, d'ailleurs, le dépositaire, en révélant le secret du dépôt, ne porterait-il pas préjudice au déposant? Or, le dépositaire doit toujours avoir égard à l'intérêt bien entendu de celui à qui il doit rendre la chose; et quelquefois, de peur de lui nuire, il peut aller jusqu'à nier le dépôt en présence de tiers qui n'ont pas droit à en être informés. *Intuebor*, dit Sénèque, *utilitatem ejus cui reddíturus sum, et nociturum illi depositum negabo* [5]. A l'appui de cette dernière proposition, voici ce que je lis dans la Vie de Lamoignon; je cite sans commentaire cette belle action :

Des personnes considérables avaient confié à cet illustre magistrat un dépôt important de papiers. La cour en fut instruite, la susceptibilité ministérielle s'éveilla, et un secrétaire d'État écrivit à Lamoignon que le roi voulait savoir ce que contenait ce dépôt. Lamoignon répondit : « *Je n'ai point de » dépôt* [6]; si j'en avais un, l'honneur exigerait que ma réponse fût la même.» Lamoignon, mandé à la cour, parut devant Louis XIV, en présence du secrétaire d'État. Il supplia le roi de vouloir bien l'entendre en particulier; il lui avoua pour lors qu'il avait ce dépôt de papiers, et l'assura qu'il ne s'en serait jamais chargé si ces papiers eussent contenu quelque chose de contraire à son service et au bien de l'État. « Votre » Majesté, ajouta-t-il, me refuserait son estime si j'étais capable d'en dire davantage.» — « Aussi, dit le roi, vous voyez que je ne » demande rien de plus, je suis content.» Le secrétaire d'État rentra dans ce moment, et dit au roi : « Sire, je ne doute pas que M. de » Lamoignon n'ait rendu compte à Votre » Majesté des papiers qui sont entre ses » mains. » — « Vous me faites là, reprit le » roi, une belle proposition, d'obliger un » homme d'honneur de manquer à sa parole. » Puis, se tournant vers Lamoignon : « Monsieur, dit-il, *ne vous dessaisissez de ces » papiers que suivant la loi qui vous a été imposée par le dépôt.* »

Voici un autre exemple digne d'être cité,

[1] Ulp., l. 1, § 28. Dig., *depositi.*

[2] Favre, sur cette loi : « *Tanquam qui* DOLO MALO *id » admiserit.* »

[3] Ulp., *loc. cit.* — Pothier, n° 38.

[4] Pothier, n° 39.

[5] *De beneficiis*, 4, 10.

[6] C'est bien l'application des paroles de Sénèque : « *Nociturum illi depositum negabo.* »

quoiqu'il soit moins célèbre. L'héritier d'un déposant avait intenté action contre son dépositaire pour l'obliger à révéler le secret du dépôt. Mᵉ Daramon, c'est le nom du dépositaire, refusa, et le parlement, par arrêt de la grand'chambre, du 1ᵉʳ décembre 1708, approuva sa réserve, sauf à lui à affirmer que le dépôt n'avait pas été rendu à une personne prohibée, affirmation que Mᵉ Daramon s'empressa de faire (1). Enfin, un dépôt ayant été fait entre les mains d'un confesseur *sub sigillo conscientiæ*, il fut jugé par arrêt du parlement de Paris, du 17 juillet 1647, qu'on n'avait pas d'action en justice contre cet ecclésiastique (2).

Du reste, l'on a vu que lorsque le dépôt est avoué par le dépositaire, l'intérêt public autorise à exiger de lui l'assurance qu'il n'est pas le proxénète d'une personne prohibée. Mais sa parole est décisive, et l'on ne saurait aller au delà sans troubler les consciences.

ARTICLE 1932.

Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

Ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de valeur.

SOMMAIRE.

110. Transition. De la restitution du dépôt. Et d'abord de la chose qui doit être rendue. Nécessité de rendre la chose déposée. Conformité de la morale et du droit sur cette obligation du dépositaire.

Il faut rendre la chose même, *in individuo*, qui a été déposée.

111. C'est pourquoi les changements de valeur dans les espèces monétaires n'influent pas sur le dépôt.

De la constatation des valeurs déposées.

112. Le dépositaire doit rendre la chose entière et non pas par parties.

Application de ceci à deux ou plusieurs dépositaires d'un corps certain.

Quid s'il s'agit d'argent non déposé dans un sac? Les dépositaires peuvent-ils se libérer chacun pour leur part et portion?

113. Si la restitution doit se faire par partie, quand il y a plusieurs déposants et un seul dépositaire.

114. Lorsque le dépositaire a reçu la permission de se servir de la chose fongible déposée, il ne peut rendre que des équivalents

Alors, le dépôt n'est plus le dépôt normal ; c'est un dépôt irrégulier.

115. Définition du dépôt irrégulier. Il transfère la propriété au dépositaire.

Décision d'Ulpien rejetée par la pratique commerciale, et difficile à admettre dans la pratique civile.

116. Le dépôt irrégulier tient de la nature du prêt de consommation. Il lui ressemble sous le rapport du risque.

117. En quoi il en diffère.

Le prêt se fait dans l'intérêt de l'emprunteur.

Le dépôt irrégulier dans l'intérêt du déposant plutôt que dans l'intérêt du dépositaire.

118. C'est pourquoi le dépositaire irrégulier est dans l'usage (c'est du moins la pratique commerciale) de se faire allouer un tant pour cent pour le service qu'il rend au déposant.

119. Dans quel cas le dépôt irrégulier passe dans le domaine du prêt véritable.

Souvent on cache, sous forme de dépôt irrégulier, des prêts véritables, afin de se soustraire à des droits de timbre proportionnel.

COMMENTAIRE.

110. Notre article et les suivants vont traiter de la restitution du dépôt. Deux points partagent cette matière : 1° Quelle chose doit être rendue ? 2° A qui doit-elle être rendue? Les art. 1932 à 1936 s'occupent du premier point. L'obligation de rendre la chose est fondamentale dans le dépôt; et non-seulement elle est commandée par le droit civil, elle est encore strictement imposée par la morale, à qui le droit a em-

---

(1) Augeard, t. 2, p. 155. — Brillon, vᵒ *Dépôt*.

(2) Soefve, t. 1, art. 2, ch. 59. — Brillon, *Dépôt*, nᵒ 9.

prunté ses injonctions. *Depositum reddere*, dit un ancien philosophe, *per se res expetenda est* [1].

Cette obligation de rendre emporte nécessité de rendre la chose *in individuo*, et non pas son équivalent ou une autre espèce [2]. Si le dépositaire d'une chose fongible était autorisé à rendre une autre chose de même espèce, il s'ensuivrait qu'il pourrait consommer la chose même, comme dans le *mutuum ;* c'est-à-dire qu'il en aurait, non pas seulement la garde, mais la propriété. Ce ne serait plus le dépôt, ce serait un autre contrat [3].

111. De là vient que si le dépôt consiste en espèces monnayées, l'augmentation ou la diminution de la valeur monétaire des espèces est une circonstance indifférente pour le dépositaire. Il doit ce qui lui a été confié ; il le doit *in individuo*, et quand il le rend en la forme reçue, et dans son identité, il est pleinement libéré [4]. Pour constater les espèces déposées, il est d'usage de dresser un bordereau que signe le dépositaire.

Si les parties ont omis cette précaution, le dépositaire en est cru sur son affirmation d'après le principe de droit que c'est au demandeur à faire la preuve du fait allégué [5], et que le défendeur est plus favorable que le demandeur [6].

Du reste, lorsque l'objet n'excède pas 150 francs, la preuve testimoniale peut être faite [7].

112. Puisque le dépositaire doit rendre la chose identiquement, il suit qu'il la doit rendre entière et non pas par parties [8].

C'est pourquoi, si le contrat a constitué plusieurs dépositaires d'un corps certain, leur obligation de rendre ne se divise pas. Ils sont tenus pour le tout de la remise de cette chose qui est l'objet du dépôt, et que le déposant ne doit pas recevoir partiellement. Rendre pour partie n'est pas rendre la chose identiquement, c'est manquer à l'obligation [9]. « *Restituendi obligatio*, dit » Favre [10], *individua est; ergo cum deposita-* » *rius ad restitutionem teneatur, consequens* » *est ut si duo ejusdem rei sint depositarii,* » *possit unusquisque eorum in solidum conve-* » *niri*, QUIA NEC PRO PARTE RESTITUI RES POTEST, » *nec proinde pro parte contingere liberatio. Id-* » *que, quamvis depositarii non sint correi de-* » *bendi.* »

Il en serait autrement si le dépôt, au lieu d'être d'un corps certain, était d'une chose matériellement divisible, comme de l'argent non déposé dans un sac cacheté [11].

113. Mais s'il y a plusieurs déposants et un seul dépositaire, la restitution devra-t-elle se faire pour le tout ou pour partie ?

L'art. 1939 contient une raison de décider qu'on peut étendre à notre question [12].

114. Nous avons dit que si le dépositaire d'une chose fongible avait été autorisé à en rendre une autre d'égale quantité et valeur, le dépôt aurait perdu la pureté de son caractère.

C'est ce qui arrive lorsque le dépositaire d'une somme d'argent a reçu l'autorisation de s'en servir pour ses besoins. De là résulte le droit de rendre, non pas la chose même *in individuo*, mais son équivalent. De là aussi un contrat qui se distingue du dépôt, et que l'on appelle dépôt irrégulier. Il est fréquent dans la pratique : il faut le définir.

115. Le dépôt irrégulier est celui qui a lieu quand on dépose une somme d'argent ou autre chose fongible chez un dépositaire, en lui permettant de s'en servir. Cette autorisation transfère au dépositaire le domaine de la chose; et dans le commerce on tient même pour règle générale que, quand on dépose de l'argent compté et non cacheté dans un sac, la propriété passe au dépositaire. *Dominium enim pecuniæ numeratæ depositæ* SEMPER *transit in depositarium*. Ce sont les paroles de Scaccia [13].

Il est vrai que dans la loi 1, § 34, Dig., *depositi*, Ulpien, supposant le dépôt d'une somme avec clause que le dépositaire pourrait s'en servir s'il en avait besoin, décide qu'il y a dépôt tant que le dépositaire n'a pas fait usage de la chose, mais que, dès l'instant qu'il s'en est servi, la consomption qu'il en a faite opère un contrat de *mutuum* [14]. Mais dans le commerce, où l'argent ne reste pas

[1] Sénèque, *De beneficiis*, 4, 10.
[2] Pothier, n° 4.
[3] Pap., l. 24, Dig., *depositi*. — Cujas, sur cette loi, lib. 9, *Quæst. papin.* — *Supra*, n°s 93 et 94.
[4] Pothier, n° 40, art. 1932.
[5] L. 21, Dig., *de probat.*
[6] L. 13, Dig., *de reg. juris.*
[7] Pothier, n° 61. — Delvincourt, t. 8, p. 395.
[8] Entière ! sauf si elle a péri pour partie (*infra*, art. 1933) sans sa faute.
[9] Ulp., l. 1, § 43, Dig., *depositi*.
[10] Sur cette loi.
[11] Favre, *loc. cit.* — Marcellin, l. 22, Dig., *depositi*.
[12] *Voy.* Ulp., l. 1, § 44, Dig., *depositi*. — Florentinus, l. 17, Dig., *depositi*. — *Infra*, n° 252.
[13] § 1, q. 7, p. 2, ampl. 3, n° 20.
[14] Pothier, n° 11.

oisif, on est censé le mettre en mouvement dès qu'on l'a reçu. Et dès lors le *semper* de Scaccia n'est pas exagéré. D'ailleurs, même dans les matières civiles, la distinction d'Ulpien est si mathématique qu'il est bien difficile de l'appliquer.

116. Cette espèce de dépôt a la nature du prêt [1]. Le dépositaire est tenu de rendre une pareille somme ou quantité; la perte est à ses risques, *quia genus perire non potest* [2]; et par conséquent, sous le rapport du risque, il est assimilé à l'emprunteur.

117. Il diffère cependant du prêt en ce que le prêt se fait dans l'intérêt principal de l'emprunteur, qui a besoin de l'argent qu'il reçoit, et qui en a fait la demande; tandis que, dans le dépôt irrégulier, le dépôt se fait dans l'intérêt du déposant, et non dans l'intérêt du dépositaire, que l'on va prier de recevoir une somme dont il pourrait se passer [3]. Dans le prêt, le prêteur est obligé d'attendre l'époque convenue pour le remboursement; il ne peut rien exiger auparavant. Dans le dépôt irrégulier, lequel est toujours fait dans l'intérêt principal du déposant, le dépositaire doit toujours être prêt à rendre [4].

118. Aussi, il arrive assez souvent dans le commerce (et les statuts de la banque de France en offrent un exemple) que le dépositaire se fait allouer un tant pour cent pour ses frais de garde [5]. C'est bien l'inverse du prêt, où c'est l'emprunteur qui paye un intérêt.

119. Que si les parties avaient stipulé un terme pour le remboursement, par exemple un an, cette circonstance, jointe à celle que le prétendu dépositaire ne serait pas tenu de rendre les mêmes et identiques pièces de monnaie reçues, ferait passer le contrat dans la classe du véritable prêt. Ce serait une reconnaissance de dette masquée sous apparence de dépôt [6]. Plus d'une fois de telles supercheries ont eu lieu pour soustraire au timbre proportionnel de véritables reconnaissances de prêt [7].

ARTICLE 1933.

Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait sont à la charge du dépositaire.

SOMMAIRE.

120. Le dépositaire n'est pas tenu de la faute majeure.

Si la chose déposée a été détériorée par accident, il suffit qu'il la rende dans l'état où elle se trouve.

Si même la force majeure a détruit la chose en totalité, il est quitte de la rendre.

121. Mais c'est à lui à prouver que la perte ou la détérioration ont eu lieu sans sa faute et par force majeure. Renvoi.

COMMENTAIRE.

120. Nous avons expliqué dans le commentaire de l'art. 1929 comment le dépositaire n'est pas tenu des accidents de force majeure qui affectent la chose déposée.

Il suit de là que lorsque la force majeure a détérioré le dépôt, il suffit au dépositaire de le rendre dans l'état où il se trouve.

Bien plus, si le dépôt a été détruit par force majeure, le dépositaire est quitte de son obligation de rendre [8].

121. Mais c'est à lui à prouver que la détérioration ou la perte n'ont pas eu lieu par son fait [9]. Nous avons donné quelques détails sur cette position au n° 96, auquel nous

---

[1] Scaccia dit : *Habet naturam mutui* (*loc. cit.*). — Bartole, sur la loi 4, Dig., *si cert. petat.*, nos 3 et 4. — Dumoulin, *De usuris*, nos 634 et suiv.

[2] Scaccia (*loc. cit.*).

[3] Pothier, n° 83. — Scaccia, *loc. cit.*, n° 23.

[4] Scaccia, *loc. cit.*

[5] *Junge* Scaccia, *loc. cit.*, nos 20 et suiv.

[6] Cass. (chambre crim.), 26 février 1810. *Pasicrisie.*

[7] *Id.*, et avis du conseil d'État du 1er avril 1808.

[8] Pothier, nos 42, 43, 44. — *Supra*, n° 87 et suiv.

[9] Art. 1302, Code civ. Mon *Comment. du louage*, n° 102.

renvoyons. *Depositarius omnis*, dit Doneau, *qui dicit se rem amisisse, probare id debet* (1).

L'article suivant continue à s'occuper du sujet de la force majeure.

ARTICLE 1934.

Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange.

SOMMAIRE.

122. Du cas où le dépositaire a reçu un prix en remplacement de la chose à lui enlevée par force majeure. Ce prix doit-il être remis au déposant? Exception nécessaire à la règle que le dépositaire doit rendre la chose même *in individuo*.

123. Si le dépositaire n'a rien reçu, il doit céder ses actions au déposant.

COMMENTAIRE.

122. Il peut arriver que le dépositaire à qui une force majeure a enlevé le dépôt en reçoive le prix ou un équivalent. Par exemple, un voleur m'enlève de vive force le cheval que vous aviez mis en dépôt entre mes mains; mais je le fais condamner par la justice et il m'en paye le prix. Ce prix est subrogé à la chose; il en tient la place comme s'il y avait eu *échange*. C'est le mot significatif de l'art. 1934. Je dois donc vous le remettre; car autrement je m'enricherais à votre détriment, ce qui serait une violation du droit naturel en général, et de la fidélité plus spécialement promise dans le contrat de dépôt (2).

C'est ici un notable exemple d'un cas où le dépositaire n'est pas tenu de rendre la chose même qu'il a reçue (3). Nous en verrons un second dans l'article suivant.

123. Lorsque le dépositaire n'a rien reçu, il doit céder ses actions au déposant (4); on peut même dire que cette cession a lieu de plein droit, le déposant n'ayant pas cessé, par le dépôt, d'être investi de tous les droits qui se rattachent à la propriété.

ARTICLE 1935.

L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu; ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix.

SOMMAIRE.

124. 2e exception à la règle que le dépositaire doit rendre *in individuo* la chose déposée.

De la vente de la chose déposée faite de bonne foi par l'héritier du dépositaire.

125. L'héritier est quitte en remettant au déposant le prix, tel quel, qu'il a reçu de la vente.

126. Il ne doit rien garder de ce prix.

127. S'il n'a rien reçu, il est quitte en cédant ses actions.

128. S'il peut racheter la chose, il doit le faire à la réquisition du déposant.

129. Toutes les fois que la chose rentre dans ses mains, il doit la rendre.

130. Le déposant n'a pas d'action contre les tiers possesseurs de bonne foi. Renvoi.

---

(1) Sur la loi 7, C., *depositi*.

(2) L. 11, Dig., *de condict. indebit.* — L. 206, Dig., *de reg. juris*.

(3) *De re non tenetur*, dit Ulpien, l. 1, § *fin.*, Dig., *depositi*.

(4) Arg. de l'art. 1935, et art. 1303, Code civ.

COMMENTAIRE.

124. Voici une seconde exception à la règle de l'art. 1932, qui oblige le dépositaire à rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

Comme la possession d'un meuble en fait présumer la propriété, l'héritier du dépositaire peut, dans l'ignorance du dépôt, avoir cru de bonne foi que la chose appartenait à son auteur, et l'avoir vendue. Dans cette hypothèse, il n'y a aucun dol de sa part, aucune cause de reproche. Il lui suffit de rendre le prix, tel quel, qu'il a retiré de cette vente. *Non tenebitur de re, sed de pretio* [1].

125. J'ai dit le prix tel quel; car s'il était inférieur à la valeur réelle, le déposant ne pourrait s'en plaindre. La bonne foi de l'héritier et sa juste ignorance du vrai propriétaire le font excuser [2].

126. Mais, en revanche, il est tenu de rendre tout ce qu'il a reçu, sans quoi il s'enrichirait aux dépens du déposant [3].

127. S'il n'a encore rien reçu, il est quitte en cédant ses actions [4]. De quoi se plaindrait le déposant, puisque le dépositaire a été dans la bonne foi et qu'il n'a rien gagné?

128. Quelquefois le dépositaire peut avoir la facilité de racheter la chose; il le doit si le déposant l'exige; et s'il s'y refuse, il se rend coupable de dol [5].

129. Si, par une cause quelconque, la chose était rentrée de fait entre ses mains, il ne pourrait la retenir. Il suffit qu'il ait la faculté de la rendre pour qu'il soit tenu à la restitution [6].

130. Au reste, nous croyons inutile de rappeler ici avec détail que le déposant n'a pas d'action en revendication contre les tiers. Nous nous bornons à renvoyer à ce que nous avons dit au n° 106 ci-dessus, et au commentaire de l'art. 2279 du Code civil, dans notre livre *De la prescription*.

ARTICLE 1936.

Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, il est obligé de les restituer. Il ne doit aucun intérêt de l'argent déposé, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution.

SOMMAIRE.

131. Des fruits de la chose déposée. Distinction entre le cas où le dépositaire les a perçus, et celui où il ne les a pas perçus.

Pourquoi il n'en doit pas la restitution dans le second cas.

132. Ce n'est qu'en cas de mise en demeure qu'il devrait les fruits qu'il aurait pu percevoir.

133. Le dépositaire ne doit pas les intérêts de l'argent déposé.

134. Double exception à cette règle: 1° dans le cas de dépôt nécessaire; 2° dans le cas de mise en demeure.

135. *Quid* s'il a employé la somme déposée à son profit? En doit-il les intérêts de plein droit? Renvoi au n° 104.

COMMENTAIRE.

131. La chose déposée peut avoir produit des fruits. Ces fruits en sont l'accessoire; ils appartiennent au déposant et doivent lui être restitués [7]: *ne nuda res veniat* [8].

Si le dépôt a produit des fruits que le dépositaire n'a pas perçus, ce dernier n'en doit pas compte. Notre article est positif à cet égard, et reproduit une doctrine nette-

[1] Ulp., l. 1, § 47, Dig., *depositi*.
[2] Paul, l. 2, Dig., *depositi* (lib. 31, *ad edict.*).
[3] L. 14, Dig., *de condict. indeb.* — L. 206, Dig., *de reg. juris*.
[4] Paul, *loc. cit.*
[5] Ulp., l. 3, Dig., *depositi*.
[6] *Id.*, *loc. cit.*
[7] Pothier, n° 47. — Ulpien, l. 1, § 24, Dig., *depositi*.
[8] L. 1, § 24, Dig., *depositi*, précitée.

ment formulée par Pothier. En effet, le dépositaire n'est comptable que de ce qu'il a reçu ; on ne peut exiger de lui ce dont il n'a pas profité. Par exemple : vous avez déposé chez moi une vache dont le lait ne m'est pas nécessaire, et, ne pouvant être conservé pour vous, n'est pas utilisé dans mon ménage. Je ne vous dois rien de ce chef. Que si vous me dites que j'aurais dû le vendre dans votre intérêt, je vous répondrai que je ne suis que votre dépositaire et non pas votre mandataire ou l'administrateur de vos biens.

132. Ce n'est qu'autant que le dépositaire aurait été mis en demeure que, sa responsabilité devenant plus étroite, il devrait nonseulement les fruits perçus réellement, mais encore ceux qu'il aurait pu percevoir.

133. L'argent déposé n'est pas destiné à fructifier; bien loin de là, la prohibition de s'en servir, écrite dans l'art. 1930, le frappe de stérilité. Le dépositaire n'en doit donc pas les intérêts.

134. Il en est autrement dans deux cas : 1° si la convention stipulait des intérêts, ce qui est tout à fait compatible avec le dépôt irrégulier, comme il a été jugé par un arrêt sans date de la chambre de l'édit de Castres, rapporté par Boné [1] et cité par Brillon [2] ; 2° si le dépositaire a été mis en demeure [3] : les intérêts sont dus à partir de la mise en demeure.

135. Ici se reproduit la question de savoir si, lorsque le dépositaire a employé les deniers déposés à son profit, il en doit les intérêts à partir du jour de l'emploi. Le détournement frauduleux, fait par le dépositaire, le met-il nécessairement en demeure? Son délit équivaut-il à cette mise en demeure dont parle notre article? Je renvoie pour la discussion et la solution de cette question au n° 104 ci-dessus.

ARTICLE 1937.

Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir.

ARTICLE 1938.

Il ne peut exiger de celui qui a fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.

Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il a reçu.

SOMMAIRE.

136. De la personne à laquelle doit être restitué le dépôt.
Trois cas prévus.

137. 1er *cas*. De la restitution à la personne même qui a fait le dépôt. En règle ordinaire, c'est elle qui doit recevoir cette restitution.

138. *Quid* si le déposant est mineur ou incapable?
Discussion à cet égard. Objections résolues.

139. Le dépositaire ne peut exiger de celui dont il a reçu le dépôt la preuve qu'il était propriétaire.
Règle donnée par Doneau.

140. *Quid* si la chose a été volée?

141. Le dépositaire ne doit pas diffamer le déposant ou l'accuser légèrement de vol.
Circonstances qui peuvent porter le vol à sa connaissance.

[1] Part. 2, p. 188.
[2] Voy. *Dépôt*, p. 581, col. 1.
[3] Gordien, l. 2, C., *depositi.* — Pothier, n° 48.

142. Le dépositaire ne doit pas se dessaisir entre les mains du vrai propriétaire à qui la chose a été volée, sans avoir mis à couvert sa responsabilité par une autorisation de justice.

143. Le déposant doit être mis en cause. Le vol peut être prouvé par témoins.

144. Il ne faut pas procéder en cas que la chose déposée ait été perdue par son vrai propriétaire, comme dans le cas où elle a été volée.

En règle générale, la chose doit être rendue au déposant lui-même;

Ou à ses héritiers;

Ou aux personnes qui le représentent légalement. Renvoi pour ces deux derniers cas.

145. 2e *cas*. Du dépôt fait par mandataire. Ce n'est pas au mandataire que la restitution doit être faite, mais au mandant au nom duquel le dépôt a été fait.

Quid si le mandant n'a pas été révélé?

146. 3e *cas*. De la restitution à la personne indiquée lors du dépôt pour recevoir la chose.

Si le déposant est mort avant la remise, c'est aux héritiers seuls de ce dernier que la chose doit être rendue, et non à la personne indiquée.

147. En droit romain, il en était autrement. La restitution devait toujours se faire à la personne indiquée.

148. *Quid* dans l'ancien droit français? — Arrêts pour et contre.

149. Suite.

150. Le Code civil a voulu positivement que l'héritier fût préféré à la personne désignée, et que la charge de rendre fût considérée comme non écrite.

Raisons politiques et raisons juridiques de ce système.

La raison politique est prise de l'aversion du législateur pour les fidéicommis.

La raison juridique est prise de ce que le mandat de rendre *à tel*, donné par le défunt au dépositaire, est révoqué par son décès.

151. Arrêts de la cour de cassation en ce sens, et particulièrement arrêt du 16 août 1842. Discussion qui le précéda, à mon rapport, à la chambre des requêtes.

Examen d'arrêts qui semblent contraires, et conciliation.

152. Le dépositaire qui accepte une charge de rendre à une personne désignée ne doit pas se prêter à des fraudes ou à des actes défendus par la loi. Exemple de Lamoignon.

153. Quand le dépositaire s'est trompé sur la personne à qui la chose devait être rendue, et que son erreur est de bonne foi, il peut être excusé suivant les circonstances. Exemple donné par les lois romaines, et renvoi.

COMMENTAIRE.

136. L'art. 1937 et les suivants s'occupent de la personne à laquelle le dépôt doit être restitué. Ce sujet n'est pas exempt de difficultés. Il est surtout capital.

Trois cas sont prévus par l'art. 1937 : 1° restitution du dépôt à celui-là même qui l'a fait; 2° restitution à celui au nom duquel il a été fait; 3° restitution à la personne indiquée pour le recevoir.

Il faut les passer en revue.

137. D'abord, lorsque le contrat de dépôt ne se trouve modifié par aucune circonstance particulière, la chose déposée doit être rendue à celui qui l'a confiée, et à lui seul. C'est avec lui que le dépositaire a contracté; c'est à lui que l'obligation de rendre a été promise.

138. Si le déposant est un mineur, une femme mariée, une personne, en un mot, incapable de faire un dépôt (1), le dépositaire devra-t-il néanmoins ne rendre qu'à elle seule la chose déposée?

Pour l'affirmative, on pourra argumenter des expressions limitatives de notre article : *ne doit restituer la chose qu'à celui qui la lui a confiée*; on pourra ajouter que le dépositaire, ayant consenti à accepter le dépôt, doit en remplir jusqu'au bout les conditions envers la personne même de qui il a reçu la chose (2).

Néanmoins, je pense que c'est au tuteur ou à l'administrateur de la personne que la restitution doit être faite. Pothier est de cette opinion (3); et, bien que son système sur la nature du contrat intervenu entre l'incapable et le dépositaire ait été modifié par le Code civil (4), néanmoins l'art. 1925 se rencontre avec lui en ce point; car, puisqu'il donne l'action *depositi* au tuteur et à l'administrateur de la personne qui a fait le dépôt, il en résulte que c'est entre leurs mains que le dépositaire doit se décharger de son obligation. Cette solution est d'ailleurs morale. Elle prévient les dissipations des mineurs et les mauvaises manœuvres des femmes qui veulent dissimuler leurs actes à leurs maris.

Dira-t-on que le dépositaire manque au

(1) *Supra*, n° 60.
(2) Arg. de l'art. 1925.

(3) Nos 5 et 6.
(4) *Supra*, n° 60.

secret du dépôt, et que (pour appliquer à ce cas une idée de Sénèque) autant vaudrait nier le dépôt que d'en faire la restitution dans des conditions qui peuvent compromettre le déposant : « *Aliquando nihil inter-* » *est, utrum inficier, an palam reddam* [1]? » qu'il fallait ne pas recevoir le dépôt, mais que, l'ayant reçu, le dépositaire ne doit rien faire contre l'intérêt du déposant ? « *Intuebor*, » dit encore Sénèque dans ces sages conseils, « *utilitatem ejus cui reddituru sum* [2]. » Je réponds que la loi ne peut supposer les tromperies, et qu'elle doit encore moins les encourager. Le dépositaire agit dans le sens des devoirs de la femme et du mineur en s'adressant au mari et au tuteur. C'est assez dire qu'il agit dans le sens de la loi et de la morale.

139. Mais les scrupules du dépositaire doivent s'arrêter à la qualité de la personne ; ils ne sauraient aller jusqu'à exiger d'elle la preuve qu'elle est propriétaire de la chose déposée (art. 1938). C'est de cette personne que lui vient la chose. C'est à elle qu'il doit la rendre. Le déposant, bien que n'étant pas propriétaire de la chose, peut en avoir la possession au titre le plus légitime ; comme possesseur, il a pu se trouver dans la nécessité de la déposer, et il en a eu le droit, puisque le dépôt ne touche ni à la possession, ni à la propriété, et qu'il n'a pour objet que la garde [3]. Qu'importe donc au dépositaire quel est le véritable propriétaire de la chose [4]? D'ailleurs, il est possible que le maître de la chose ait eu de bonnes raisons pour ne pas se faire connaître, et il n'appartient pas au dépositaire de lever ce voile et de pénétrer ce secret. Enfin, bien qu'ayant usurpé la chose, le déposant peut ne la réclamer du dépositaire que pour la restituer à son véritable maître et remplir à cet égard son engagement [5]. De là cette règle de Doneau [6] : « *In deposito non quæritur cujus res* » *sit, sed quis deposuerit, et spectatur solum an* » *jus intersit.* »

140. Néanmoins, il y avait un abus à prévoir, et le législateur devait y porter remède. Si le dépositaire n'a pas en général de raison pour rechercher le vrai propriétaire de la chose déposée, il est cependant intéressé à n'être pas associé à de coupables détournements, à des recels qui secondent et encouragent le vol. C'est pourquoi, lorsqu'il vient à découvrir que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si, au bout de ce temps, le propriétaire auquel a été faite la dénonciation néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu. Telle est la décision de notre article ; elle est empruntée à un texte remarquable des lois romaines, dans lequel les principes de la plus pure morale sont coordonnés avec les règles du contrat de dépôt [7]. La justice (dit le jurisconsulte Tryphoninus) veut que l'on rende à chacun ce qui lui appartient : « *Hanc esse justitiam quæ suum cuique tri-* » *buit.* » Qu'on n'objecte pas le secret du dépôt et la règle que le dépositaire ne doit connaître que le déposant. Rien de plus vrai en général. Mais, dans le cas de vol, où la plus grande de toutes les fraudes fait exception au cours ordinaire des choses, pourquoi le dépositaire ne rendrait-il pas la chose à son véritable maître, puisque le voleur devrait la lui remettre ? L'équité n'oblige-t-elle pas à tenir compte du droit de toutes les personnes qui ont intérêt dans une telle affaire, et du droit de propriété, à qui force doit rester en définitive : « *In-* » *tueamur totius rei æquitatem quæ, ex omni-* » *bus personis, quæ negotio isto continguntur,* » *impletur ?* »

Mais si le vrai propriétaire, dont l'attention a été éveillée par les avertissements du dépositaire, garde le silence, il est censé renoncer à son droit, et alors, bien que le voleur n'ait acquis qu'avec mauvaise foi la chose déposée (*quamvis male quæsita deposuit*) [8], le dépositaire n'est pas blâmable de lui en faire la restitution [9].

141. Du reste, la découverte du vol

[1] *De beneficiis*, 4, 10.
[2] *Loc. cit.*
[3] *Supra*, n° 40.
[4] Ulp., l. 1, § 39, Dig., *depositi.*
[5] Doneau, sur la pénult. *si quis*, C., *depositi*, n° 2. — Arg. de la loi 16, Dig., *comm.*
[6] *Loc. cit.*

[7] Tryphon., l. 31, § 1, Dig., *depositi.*
[8] *Id., loc. cit.*
[9] *Voy.* Favre, *Rational.*, sur cette loi. — Pothier, n° 51.

Ceci fit quelque difficulté au conseil d'État. Regnaud et Defermon dirent qu'il serait extraordinaire de permettre au dépositaire de remettre la chose à celui qu'il

par le dépositaire peut être faite par des moyens divers dont la loi ne lui demande pas compte. L'aveu arraché au déposant dans une procédure, une confession faite par lui dans ses derniers moments, une condamnation ignorée du vrai propriétaire, etc., etc., sont des faits devant lesquels la conscience du dépositaire ne doit pas garder le silence. Le dépositaire peut également découvrir le vol par les plaintes du propriétaire qui réclame la chose dont il a la garde secrète. Comment pourrait-il laisser ignorer à la personne volée que la chose lui a été confiée ?

Mais il n'ira pas, sur de légers et vagues soupçons, compromettre le déposant. Tryphoninus l'a dit, il faut tenir compte de l'intérêt de tout le monde. C'est pourquoi le dépositaire évitera de causer un préjudice à l'un en croyant servir l'autre. Il ne s'exposera pas à diffamer mal à propos un citoyen [1].

142. Notez bien que le dépositaire n'est pas forcé de faire la tradition de la chose au vrai propriétaire sans qu'un jugement contradictoire, rendu avec le déposant ou ses représentants, ait ordonné qu'elle lui serait restituée, ou que le voleur y ait consenti. En un mot, il serait fautif s'il se dessaisissait de son dépôt sans avoir mis à couvert sa responsabilité.

143. L'art. 1938 suppose que l'initiative de la révélation, ou (pour me servir des expressions de la loi) de la dénonciation du dépôt, vient du dépositaire. Mais il est possible que ce soit le vrai propriétaire qui prenne les devants. Ce dernier ne pourrait exiger la remise de la chose, arrière le déposant. La marche légale, en pareil cas, c'est de mettre en cause le déposant et d'obtenir de la justice une décision qui décharge le dépositaire. Nul doute que, dans ce débat, le demandeur ne puisse prouver le vol par témoins [2].

144. A part le cas de vol, auquel je ne voudrais pas assimiler le cas de perte, puisque notre article ne reproduit pas la parité établie par les art. 2279 et 2280 [3], la chose doit être rendue au déposant lui-même [4]; si le déposant est mort, à ses héritiers, ainsi que nous le verrons dans l'art. 1939; s'il a changé d'état, aux personnes désignées dans les art. 1940 et 1941, auxquels nous renvoyons.

145. Le second cas prévu par l'art. 1937 du Code civ. se réalise lorsque le dépôt a été fait par le ministère d'un mandataire agissant au nom de son mandant. Ce n'est pas à ce mandataire que la chose doit être remise, c'est à la personne de celui au nom duquel a été fait le dépôt.

Il en serait autrement si le mandataire avait agi en son nom. Le dépositaire ne connaîtrait que lui ; le vrai propriétaire est à son égard *penitus extraneus*.

146. Le troisième cas de restitution prévu par l'art. 1937 a lieu lorsqu'une personne a été désignée pour recevoir le dépôt. C'est alors à celle-là seule que la restitution doit être faite.

On sait que très-souvent des dépôts sont faits avec l'indication d'une tierce personne pour les recevoir. La loi semble voir avec une certaine faveur ces sortes de fidéicommis, puisque l'art. 1924 veut que, dans l'absence de preuve écrite, on s'en rapporte à la déclaration du dépositaire lorsque la valeur du dépôt excède 150 fr. [5].

Néanmoins, cette faveur a ses limites, et l'art. 1939 nous avertit sur-le-champ qu'il faut bien se garder de l'exagérer.

Que porte en effet cet article, dont on ne saurait séparer l'art. 1937 si l'on veut arriver à la saine intelligence des vues du législateur ? Il veut qu'en cas de mort du déposant, le dépôt ne puisse être remis qu'à ses héritiers. Or, cette disposition limitative, et formulée à dessein dans les termes les plus restrictifs, paralyse, en cas de mort, la restitution du dépôt à la tierce personne indiquée; elle met à sa place les héritiers du déposant, plus favorisés par la loi. Ce n'est donc que pour le cas où le déposant vit encore que l'art. 1937 a été fait. Après sa mort, c'est l'art. 1939 qui est tout-puissant.

147. D'après le droit romain, il n'en était

saurait l'avoir volée; qu'il serait plus convenable de l'obliger à faire sa déclaration à un officier public. Mais on répondit qu'il ne fallait pas faire du dépositaire un dénonciateur public. Il peut y avoir eu des arrangements entre les parties. Pourquoi dénoncer un délit dont elles ont voulu effacer la trace, et qui peut-être n'a jamais existé? car le dépositaire peut avoir été trompé. (Locré, t. 15, p. 106 et suiv.

[1] Portalis (Locré, t. 15, p. 106 et suiv.)
[2] Danty, *De la preuve*, p. 75.
[3] *Junge* Zachariæ, t. 3, p. 113. — *Contra*, Delvincourt, t. 8, p. 399; — Duranton, t. 18, nº 58.
[4] Voy. *infra*, nº 176, un retour sur ce principe.
[5] *Supra*, nº 45.

pas ainsi, et, dans la loi 26, au Dig., *depositi*, on voit le jurisconsulte Paul décider, dans le cas d'un dépôt fait avec ordre de rendre la chose à telle personne désignée, après la mort du déposant, que cette volonté doit recevoir son exécution. Mævia, avant de se mettre en voyage pour aller rejoindre son mari, remet à Seia une cassette avec des hardes et des papiers, à la condition suivante : « Si je reviens, vous me remettrez » ce dépôt; et si je meurs par quelque ac» cident qui empêche mon retour, vous le » remettrez à mon fils d'un premier lit. » Elle meurt, et l'on demande au jurisconsulte si le dépôt doit être remis au fils ou bien au mari. Au fils, répond le jurisconsulte Paul. Et pourquoi? Non pas parce qu'il est héritier, l'espèce posée par Paul laisse entendre que Mævia avait d'autres enfants du second lit; mais à cause du fidéicommis, plus fort que le droit des héritiers légitimes [1]; à cause du dépôt, plus fort que la présomption de propriété existante en faveur du mari d'après la loi 5 et 6, C., *de donat. inter vir. et ux.* [2].

148. Plusieurs arrêts anciens avaient suivi cette voie. J'en trouve un fort remarquable rendu par le parlement de Paris, le 15 décembre 1664 [3].

La fille Jeanne Lempereur dépose entre les mains de J. Bourrée, ancienne supérieure de l'Hôtel-Dieu de Montdidier, sa tante, 1,000 liv. et quelques pierreries de la valeur de 100 liv. Se sentant atteinte d'une maladie mortelle, elle fait venir la religieuse le samedi saint 1657, et lui déclare que son intention est que ce qu'elle a en sa possession soit remis à ses neveux, chacun pour sa part, le jour où ils se marieront.

Deux jours après, elle fait son testament, et institue sa nièce pour sa légataire universelle. Le lendemain elle décède.

La religieuse garde le secret du dépôt jusqu'à ce que l'un des neveux de la demoiselle Lempereur étant sur le point de se marier, elle déclare dans le contrat de mariage que son intention était de lui remettre sa part afférente dans le dépôt remis à sa garde. La légataire universelle, instruite de cette promesse, s'opposa à son exécution; elle soutint que le testament avait révoqué le don et que tout lui appartenait.

Les neveux disaient au contraire : Il y a plusieurs sortes de dépôt; il y en a qui sont faits dans le dessein de les retirer, et dont on veut toujours conserver la propriété; mais il y en a d'autres par lesquels on dépose des choses pour en perdre absolument la propriété et la jouissance, et pour les faire passer à des personnes qui en sont rendues propriétaires, soit *par l'effet d'une pure libéralité*, soit *par quelques motifs de restitution*. Ici, *depositum totum fidei commissum est*, suivant la loi 1, Dig., *depositi*. On terminait en citant la loi 26, Dig., *depositi*.

Dans ses conclusions, Talon adopta ce système; l'arrêt jugea que la déclaration de la dépositaire faisait foi, et que la disposition serait maintenue.

Même solution dans un arrêt du 1er septembre 1708, rendu sur les conclusions de Lamoignon [4]. D'autres décisions, de 1745 et 1758, conformes, sont rappelées dans le *Nouveau Denizart* [5].

149. Cependant on trouve en sens contraire un arrêt du parlement de Paris de 1786, rendu sur les conclusions de Hérault [6]. Il ne serait pas impossible de l'expliquer par des circonstances particulières. Néanmoins, je crois qu'à cette époque les idées commençaient à se modifier. On se méfiait plus de ces confidences verbales qui pouvaient contenir des dispositions prohibées; et, comme le dit Serres, on les tenait pour suspectes, quelque homme de bien que pût être le dépositaire. Cependant les jurisconsultes reconnaissaient encore que l'ancienne jurisprudence pouvait conserver son autorité s'il résultait bien clairement des faits : que le défunt avait voulu abdiquer entièrement la propriété des choses données; qu'il en avait saisi le dépositaire au nom de celui à qui la remise devait être faite après sa mort; que ce dépositaire avait été le *negotiorum gestor* du donataire, et

[1] *Voir* le comm. de cette loi par Favre, *Ration., ad Pand.*

[2] Cujas (lib. 4, *Resp. Pauli*). — Il cite aussi Plaute, *in Casina*, dont j'ai rappelé le passage dans mon mémoire sur *l'Influence du christianisme*, p. 313; et dans un article de la *Revue de législation*, sur le *mariage des Romains*, t. 21, p. 157.

[3] *Journal des audiences*, t. 2, p. 351, liv. 3, ch. 59.

[4] Augeard, t. 2, p. 135.

[5] Voy *Donation entre-vifs*, § 12, art. 11. — *Junge* Merlin, *Q. de droit*, vº *Donation*, § 6, p. 452, col. 2, *in fine*.

[6] Le *Nouveau Denizart* ne cite ni la date du jour, ni la date du mois (*loc. cit.*).

non pas le mandataire du déposant [1].

150. Quoi qu'il en soit, il est bien certain qu'en principe, le Code civil a voulu que le dépôt de la chose encore existante entre les mains du dépositaire au moment du décès du déposant fût remis aux héritiers de ce dernier. Il a voulu qu'on n'eût aucun égard à la charge de rendre, à moins qu'elle ne fût revêtue des formalités voulues par la loi pour valoir comme disposition de dernière volonté [2].

Des raisons politiques et des raisons juridiques expliquent ce système.

L'ordre des successions légitimes a été réglé dans l'intérêt de la famille et de la société; tout en faisant une part à la volonté de l'homme, le législateur a subordonné cette volonté à celle de la loi; car il ne pouvait abandonner au caprice des dispositions dernières la dévolution des biens, qui touche de si près à la constitution de l'État. Or, si l'on eût consenti à fermer les yeux sur les dépôts à remettre après le décès du déposant, c'est en vain que le système successoral aurait établi des incapacités, des prohibitions, des réserves : les dépôts auraient avantagé les incapables, rétabli les fidéicommis, frustré les réservataires.

D'un autre côté, qu'est-ce qu'un dépôt fait à une personne pour être remis à un tiers après le décès du déposant? C'est un mélange du dépôt et du mandat, mais ce n'est pas une aliénation de la part du déposant. Ce dernier conserve la propriété de sa chose; il peut la retirer à sa guise des mains du dépositaire, changer de volonté, et révoquer son mandat; c'est ce qu'enseigne Ulpien, dans la loi 1, § 46, Dig., *depositi* [3], de la manière la plus expresse. Or, sa mort fait ce que sa volonté n'avait pas opéré durant sa vie. Elle révoque le mandat (art. 2003 du Code civil); elle laisse le dépositaire sans titre pour remettre la chose à la personne désignée.

Ces considérations sont décisives. Favard-Langlade les a exposées avec force dans son discours au corps législatif comme membre du tribunat [4].

Ainsi donc, la remise faite par le dépositaire à la personne indiquée n'est irréprochable qu'autant qu'elle a été faite pendant la vie du déposant. Mille raisons plausibles peuvent alors la légitimer. Mais si le déposant était mort, et que le dépositaire opérât la remise malgré cet événement, les héritiers du déposant auraient contre lui une action, cette remise ne devant être faite qu'à eux seuls; à moins, je le répète, que la charge de remettre ne fût exprimée dans la forme requise pour faire valoir les legs et autres dernières volontés.

151. C'est ce que la cour de cassation a jugé par plusieurs arrêts [5]. Le dernier, qui est du 16 août 1842 [6], est le plus décisif. Jusque-là, la cour de cassation n'avait été appelée à se prononcer que sur des débats où, en présence de la lutte des héritiers et du tiers appelé à recevoir, le dépositaire était encore nanti de la chose déposée. Or, la décision à intervenir sur la personne capable de recevoir ne pouvait être influencée par la crainte de revenir sur des faits consommés de bonne foi. Au contraire, dans l'espèce de cet arrêt de 1842, le dépositaire avait vidé ses mains croyant remplir le vœu du déposant, et l'arrêt décida qu'il avait fait un payement irréfléchi et contraire à la loi. On voit tout de suite combien ces circonstances le rendent considérable. Émané de la chambre civile, il fut précédé d'une discussion, à mon rapport, à la chambre des requêtes. La difficulté sur laquelle fut motivé l'arrêt d'admission, rendu le 1er juillet 1840, contre mon opinion et malgré les conclusions de Gillon, avocat général, était fondée sur une diversité d'arrêts plus apparente que réelle. On va en juger par les observations suivantes que je soumettais à la cour :

« Le notaire Raffin, disais-je, reconnaît » avoir reçu 1,500 fr. des mains de la veuve » Coulondres, avec charge de les placer au » profit des parents de son mari, et de les rendre à ces derniers *à son décès;* voulant que » les héritiers de son mari profitent seuls de » cette somme, provenant de la vente d'immeubles ayant appartenu à son mari et » dont elle avait hérité de lui. Le notaire » Raffin ajoute qu'il s'est conformé exactement à cette disposition; et le tribunal de » Montpellier a décidé qu'il a mal payé, » qu'il devait remettre le dépôt à Bernard,

[1] *Nouveau Denizart, loc. cit.* — Merlin combat ces justifications (*loc. cit.*).
[2] Voy. *supra*, n° 75.
[3] *Infra*, n° 175.
[4] Locré, t. 15, p. 138.
[5] 22 novembre 1819. *Pasicrisie.* (Dalloz, *Dépôt*, p. 70.) — *Junge* Paris, 1er mars 1826. (S., 26, 2, 297.)
[6] Dev., 42, 1. 850

» héritier naturel de la veuve Coulondres. »

Après cet exposé, je rappelais les art. 1937 et 1939 du Code civil, l'esprit dans lequel ils ont été édictés, le discours de Favard-Langlade, l'arrêt du 22 novembre 1819.

J'ajoutais ensuite : « Nous devons cependant vous engager à rapprocher de cette » cause une décision rendue par votre chambre civile le 12 décembre 1815, dans l'affaire Bonguyot, au rapport de Carnot [1].

» Dans l'espèce de cet arrêt, un sieur » Thomas avait livré des valeurs au notaire » Jeannin pour les remettre à certaines personnes désignées par lui verbalement. Il » mourut. Jeannin fit remise de ces valeurs » après ce décès, et vous décidâtes qu'il » était irréprochable.

» Au premier coup d'œil, cet arrêt paraît » décisif en faveur du pourvoi. Mais, en y » regardant de près, on y trouve des différences qu'il est de notre impartialité de » vous signaler.

» Avant tout, nous dirons que nous négligeons les critiques qui en ont été faites » par Merlin. Nous voulons prendre cet » arrêt tel qu'il est, sans lui rien enlever » de sa grave autorité. Nous doutons seulement qu'il soit applicable à la cause.

» En effet, la cour royale de Besançon, » dont l'arrêt était attaqué par le pourvoi » que votre chambre civile rejeta, renferma » la cause dans ce point de vue qu'il est important de saisir.

» La donation faite au tiers indiqué par » le dépôt est un don manuel entre-vifs, » dispensé de tout temps des formalités des » donations solennelles. D'une part, le donateur s'est dessaisi de son vivant ; de l'autre, la donation a été aussi acceptée de » son vivant par le notaire, *negotiorum gestor* des donataires. Ainsi la donation a » été parfaite avant la mort de Thomas. Peu » importe que la remise des valeurs n'ait eu » lieu qu'après le décès. Cette remise matérielle est une circonstance indifférente, » puisque les donataires avaient dessaisi le » donateur par la réception que leur *negotiorum gestor* avait faite pour eux et en leur » nom [2].

» Voilà dans quels termes la question fut » posée devant vous par l'arrêt attaqué. La » chambre civile crut devoir rejeter le » pourvoi, en se fondant sur deux motifs » principaux : 1° les dons manuels sont valables sans formalités, pourvu qu'il y ait » eu tradition réelle ; 2° dans l'espèce, cette » tradition a eu lieu *en temps utile* et *avant le décès*, par le dessaisissement effectif du » donateur joint à la réception par le *negotiorum gestor*.

» Mais, dans l'affaire qui vous est aujourd'hui soumise, ces circonstances se rencontrent-elles ?

» Il s'en faut de beaucoup.

» D'abord il ne s'agit pas d'un don manuel entre-vifs; il s'agit d'une donation à » cause de mort, ce qui est palpable d'après la condition apposée à la donation : » que la somme de 1,500 fr. serait remise » aux donataires après le décès de la veuve » Coulondres [3]. Inutile de vous rappeler » que la condition du décès classe nécessairement la libéralité dans la catégorie des » donations à cause de mort. Cette vérité est » élémentaire.

» Cette première différence a une grande » valeur.

» Ce n'est pas que nous voulions examiner » ici la question controversée qui consiste à » savoir si un don manuel est valable quand » il est fait à cause de mort. Merlin soutient » l'affirmative [4]. La cour royale de Paris, » au contraire, a pensé que ce don manuel » ne pouvait subsister quand il était fait à » cause de mort [5].

» Mais (notez-le bien) cette différence ne » peut se présenter qu'autant que le donataire a été saisi avant le décès du donateur.

» Or, cette circonstance ne se rencontre » pas ici; elle n'a pas été déclarée constante par la décision attaquée, et par là » vous allez voir les différences qui séparent notre espèce de l'arrêt de 1815.

» Pour que les donataires eussent été saisis, il faudrait qu'ils l'eussent été par l'intermédiaire du notaire; et, pour que le » notaire les représentât, il faudrait qu'à sa » qualité de dépositaire et de mandataire » du donateur il joignît la qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor* des donataires.

[1] Merlin, *Q. de droit*, v° *Donation*, § 6.

[2] Ce système d'interprétation rentre dans celui par lequel, avant le Code civil, les jurisconsultes conciliaient les divers arrêts du parlement. N° 149.

[3] Elle avait joui des intérêts de son vivant.

[4] *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6.

[5] 4 mai 1816. (Merlin, *loc. cit.*)

» Sans doute il est assez extraordinaire » que tant de qualités diverses se concilient » dans la même personne. Néanmoins ce » cumul n'est pas radicalement impossible, » et l'interprétation l'a quelquefois admis.

» Mais d'où résulte-t-il que le notaire » Raffin a entendu se porter *negotiorum gestor* des donataires? qu'il a entendu agir, » non-seulement pour obéir au désir de la » veuve Coulondres, mais aussi pour faire » l'affaire de ses donataires? Pas un mot de » cela dans le point de fait de la décision » attaquée. Vous remarquerez pourtant que » c'est ici une question d'intention dont » l'appréciation appartenait au juge du fait.

» Il faut même ajouter que le jugement, » en qualifiant le notaire de *dépositaire*, en » ramenant tout le débat à une question de » *dépôt*, a écarté virtuellement et nécessairement toutes les qualités accessoires dont » il faudrait trouver Raffin investi pour faire » maintenir le don manuel.

» Ainsi, la position est beaucoup plus simple que dans l'affaire Bonguyot. Le point » de vue de l'arrêt de 1815 se trouve écarté, » et vous vous trouvez en face de l'art. 1939 » du Code civ.

» Cet article est net et explicite. Il a été » édicté en connaissance de cause. Il a » voulu éviter les difficultés qu'ont fait » naître de tout temps les dons manuels » faits par l'entremise des tiers; difficultés » dont on peut voir des exemples nombreux » dans le *Nouveau Denizart* [1].

» Maintenant, et d'après tout ce qui précède, vous apprécierez plus facilement comment l'art. 1937 se concilie avec l'art. 1939. » Le premier de ces articles concerne le » cas où la remise à la personne indiquée » a été faite du vivant du déposant; le second concerne le cas où le décès du déposant a changé l'état des choses et révoqué le mandat donné au dépositaire. »

Malgré ces observations, des scrupules restèrent dans l'esprit de quelques magistrats, et le débat fut renvoyé à la chambre civile. Mais un rejet était inévitable, et c'est ce que l'événement a pleinement confirmé.

152. Au surplus, lorsqu'un dépositaire accepte la charge de remettre à une tierce personne, il est de son devoir et de sa délicatesse de ne se prêter à aucune fraude. Un homme d'honneur n'accepte pas de missions secrètes contraires aux lois de son pays et au bien de l'État. Je renvoie aux paroles de Lamoignon, que j'ai citées ailleurs [2].

153. Dans les trois cas que nous avons énumérés à la suite de l'art. 1937, il peut arriver que le dépositaire, trompé par des faits de nature à surprendre sa vigilance, remette le dépôt à une personne qu'il croyait appelée à le recevoir, quoique au fond elle n'eût pas qualité. Le juge verra si, d'après les circonstances, son erreur n'est pas de nature à être excusée. On a vu au n° 70 les jurisconsultes romains venir à son secours et l'absoudre de sa méprise [3].

ARTICLE 1939.

En cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier.

S'il a plusieurs héritiers, elle doit être rendue à chacun d'eux pour leur part et portion.

Si la chose est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir.

SOMMAIRE.

154. Liaison et renvoi au commentaire des deux articles précédents, en ce qui concerne la préférence accordée aux héritiers, après le décès du déposant, sur les tiers appelés à recevoir le dépôt.

155. Suite des dispositions de l'art. 1939. Du décès du déposant qui laisse plusieurs héritiers.
Comment la chose leur doit-elle être rendue? Est-ce pour le tout ou par parties?

[1] *Donation entre-vifs*, § 12, n° 11.
[2] N° 107.
[3] *Junge*, *infra*, n° 162.

Distinction entre les choses matériellement divisibles ou matériellement indivisibles.

156. *Quid* si la chose déposée est un sac d'argent cacheté? Réponse d'Ulpien.

157. Lorsque l'un des héritiers a reçu sa part de la chose fongible et divisible déposée, et que le surplus vient à périr entre les mains du dépositaire avant que les autres n'aient retiré la leur, celui qui est nanti de la sienne doit-il la communiquer à ses cohéritiers?

Décision de Justinien pour la négative. Argument en sens contraire, tiré de l'art. 1849 du Code civil en matière de société. La décision de Justinien doit être maintenue et adoptée.

Différence entre la société et la communauté simple.

158. *Quid* si le dépôt était, non de choses fongibles, mais de corps certains?

159. Du cas où, la chose étant indivisible, tous les héritiers ne se mettent pas d'accord ou ne se présentent pas

COMMENTAIRE.

154. Le commentaire de l'art. 1939 a été fort avancé par les développements que nous avons donnés sur les deux articles précédents. Il ne nous reste rien à dire de la préférence des héritiers sur le tiers indiqué pour la remise des dépôts. Nous n'avons plus à nous occuper que des deux derniers paragraphes do l'art. 1939.

155. Ils supposent que le déposant est décédé et qu'il a laissé plusieurs héritiers.

Si la chose déposée est susceptible de division matérielle, comme du vin, de l'huile, du froment, de la vaisselle, de l'argent, elle doit être rendue à chacun des héritiers pour leur part et portion. Chacun a une action en restitution correspondante à sa part afférente [1].

Mais si la chose est indivisible matériellement, comme un cheval, un bœuf, les héritiers doivent s'entendre entre eux pour la recevoir [2].

156. Ulpien examine la question de savoir si l'argent renfermé dans un sac cacheté doit être remis par portions aux héritiers [3]. Le sac n'a été scellé que parce que le déposant a voulu que le dépositaire ne pût l'ouvrir sans lui [4]. Or, puisque le déposant est mort, il est évident que le dépositaire n'a pas le droit d'en faire l'ouverture sans la présence de tous ceux qui représentent le défunt. Néanmoins, dans des cas urgents, le juge du référé pourra ordonner l'ouverture, lui présent, et remettre à l'un des héritiers la part qui lui revient [5].

157. Mais qu'arrivera-t-il lorsque, la chose étant une chose fongible, et l'un des héritiers ayant reçu sa part, le surplus vient à périr entre les mains du dépositaire, de telle sorte qu'il n'est plus possible d'en rien recouvrer? cette perte sera-t-elle exclusivement à la charge de ceux des héritiers qui n'ont encore rien reçu, ou bien le cohéritier nanti de sa portion devra-t-il la communiquer?

Il semble au premier coup d'œil que puisque la chose était commune, le péril doit être commun. Cependant Justinien décide, dans la loi dernière au Code, *depositi*, que celui qui a retiré sa part ne doit pas la communiquer, et sa constitution repose sur des principes incontestables [6]. La part reçue est devenue la propriété de celui qui l'a retirée, et l'on ne peut la lui ôter. Comment, d'ailleurs, la perte serait-elle commune, puisque la chose a cessé de l'être?

Il est vrai que l'art. 1849, au titre *de la Société*, veut que lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est devenu insolvable, cet associé soit tenu de rapporter à la masse ce qu'il a reçu. Mais cette règle d'équité est particulière à la société, parce que dans ce contrat un associé ne peut rien acquérir par sa diligence qu'il ne soit tenu de le communiquer, tout devant être commun, et le gain et la perte [7]. Il n'en est pas de même dans le cas de communauté simple, où chacun doit pouvoir profiter exclusivement de sa diligence [8].

158. Mais supposons qu'au lieu de choses fongibles, le dépôt soit de plusieurs corps

[1] Ulp., l. 1, § 36, Dig., *depositi*. Danty a mal expliqué ceci.

[2] Caius, l. 14, Dig., *depositi*. — Doneau, sur la loi, C., *depositi*.—Zachariæ, t. 3, p. 112, note 9.

[3] Loi 1, § 36, précitée.—*Junge* Pothier, nº 54.

[4] Favre, sur la loi 1, § 36, Dig., *depositi*.

[5] Ulpien, *loc. cit.*—Pothier, *loc. cit.*

[6] Doneau, sur cette loi, nº 2. *Optima ratione ducta ex regulis et principiis juris*, dit-il.

[7] Mon *Comm. de la société*, nº 360.

[8] *Id.* — Et Doneau, sur la loi dern., C., *depositi*, nº 4.

certains, comme deux bœufs, deux chevaux, etc., nous arrivons alors à d'autres résultats, et cela par une raison bien simple.

Celui des deux héritiers qui aurait retiré un cheval sans son cohéritier n'aurait pas fait un véritable partage, et son retrait n'empêcherait pas l'indivision de subsister pour le tout. Chacun des héritiers est en effet propriétaire indivis de chaque bœuf, de chaque cheval, et la perte survenue sur l'animal resté entre les mains du dépositaire frappe une chose commune, de même que la chose retirée par l'héritier est restée commune. La division ne s'opère que par un partage contradictoire en règle [1].

159. Lorsque la chose est indivisible, si tous les héritiers ne se mettent pas d'accord, ou ne se présentent pas, Caius pense que le dépositaire pourra remettre la chose à ceux qui ont la plus grande part dans la succession, à la charge par eux de donner caution de le défendre contre les autres héritiers [2].

Cette décision est fondée en raison; Pothier l'a adoptée comme telle [3]. Nous l'acceptons au même titre.

ARTICLE 1940.

Si la personne qui a fait le dépôt a changé d'état, par exemple si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction; dans tous ces cas et autres de même nature le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant.

SOMMAIRE.

160. Du changement d'état de la personne qui a fait le dépôt, et de la remise en pareil cas.
161. Exemples.
162. Mais si le dépositaire ignorait le changement d'état, il serait excusable de n'avoir pas suivi la disposition de l'art. 1940. Argument des lois romaines, d'après lequel il doit être en pareil cas déchargé de toute responsabilité à cause de sa bonne foi.

COMMENTAIRE.

160. Quand il s'est opéré dans la personne du déposant un changement d'état qui la place sous l'autorité d'un administrateur de ses biens et de ses droits, le dépositaire est toujours soumis à l'obligation de rendre, mais non pas de rendre à cette personne même, laquelle ayant été dépouillée de sa capacité, n'est pas apte à recevoir la chose : la remise doit se faire à cet administrateur [4].

161. C'est ce qui a lieu quand une fille déposante vient ensuite à passer sous puissance de mari;

Ou bien quand le majeur dont émane le dépôt est frappé d'interdiction.

L'épouse et l'interdit sont représentés, la première par son mari, le second par son tuteur; et la restitution faite entre les mains du mari et du tuteur est censée faite à la femme ou au majeur privé de ses droits.

162. Tels sont les principes; il est inutile d'en poursuivre l'application à d'autres cas. Nous voulons seulement remarquer que si le changement d'état est réellement ignoré du dépositaire, et que, par une erreur non affectée, il ait fait la restitution à la personne dans laquelle s'est opéré le changement d'état, sa bonne foi devra être prise en considération. Pour me servir des paroles de Tryphoninus : *Bona fides æquitatem summam desiderat*. C'est pourquoi dans des cas d'erreurs de fait plausibles et justifiées, les lois romaines ont voulu qu'on vînt en aide au dépositaire exempt de mauvaise intention ou de faute lourde [5]. N'oublions pas que le dépôt est un service, et qu'il ne faut pas y apporter la rigueur des contrats intéressés.

---

[1] Doneau, *loc. cit.*, nº 3.
[2] L. 14, Dig., *depositi*.
[3] Nº 34.
[4] Arg. de la loi 31, Dig., *depositi* (Tryphoninus).
[5] *Supra*, nºˢ 70 et 152.

ARTICLE 1941.

Si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari, ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari, cet administrateur représentaient, si leur gestion ou leur administration est finie.

SOMMAIRE.

163. Cas inverse du précédent. Dépôt fait au représentant d'une personne incapable devenue capable. Règle pour la restitution.
164. Suite et exemple.

COMMENTAIRE.

163. L'art. 1941, édicté pour le cas inverse des cas précédents, procède du même principe. C'est toujours la qualité de la personne apte à recevoir qui doit déterminer la restitution, plus que le fait matériel du dépôt.

164. Ainsi, un dépôt a été fait par une personne en une qualité qui a cessé, par exemple par un tuteur qui, lorsque le moment de restituer est arrivé, est sorti de fonctions; il est évident que le dépositaire ne devra remettre la chose qu'au mineur devenu majeur, vrai propriétaire de la chose et dans l'intérêt duquel le dépôt avait été fait [1].

ARTICLE 1942.

Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du dépositaire.

ARTICLE 1943.

Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt.

SOMMAIRE.

165. Transition du lieu où la restitution doit être faite.
166. Examen du cas où le lieu de la restitution a été prévu par le contrat.
Des frais de déplacement pour la remise du dépôt.
167. Suite.
168. Examen du cas où le contrat n'a rien expliqué sur le lieu de la remise.
Sens de l'art. 1943 et de ces mots : *le lieu du dépôt*. Voet et Delvincourt combattus à l'aide de Pothier, guide ordinaire du Code civil.
169. Suite.
170. Si le déposant peut demander que la remise soit faite au lieu où se trouvait la chose au moment du dépôt, en offrant de payer les frais du déplacement et de prendre à sa charge tous les risques.

COMMENTAIRE.

165. Après s'être occupé dans les articles précédents de la personne à laquelle le dépôt doit être rendu, le législateur traite, dans les art. 1942 et 1943, du lieu où la chose doit être restituée.

Deux cas sont prévus : ou le contrat s'explique sur le lieu de la restitution, ou il est muet à cet égard.

[1] Pothier, nº 50.

166. S'il a précisé le lieu dans lequel la remise doit s'opérer, la convention recevra son exécution. Seulement, s'il y a pour le dépositaire des frais de déplacement, ils seront à la charge du déposant. Ainsi, vous déposez entre mes mains une chose que vous me chargez de remettre à Paris à François, je serai tenu de faire le voyage de Paris pour remplir mon obligation. Mais comme le dépôt est un office d'ami, accepté dans l'intérêt du déposant, il n'est pas juste que je supporte les frais d'un déplacement. La bonne foi veut que le déposant m'en indemnise. L'art. 1962, qui le décide ainsi, est emprunté à un fragment des écrits de Pomponius [1].

167. Remarquez cependant que si je ne faisais pas tout exprès le voyage de Paris, et qu'ayant à me rendre dans cette capitale pour mes affaires, j'aie profité de cette occasion pour rendre le dépôt, je n'aurais rien à réclamer pour mes frais de voyage.

168. Quand le contrat n'a rien déterminé pour la restitution, elle doit se faire, de droit, au lieu où se trouve la chose. Le lieu où le contrat a été célébré et le dépôt effectué n'est pas à considérer, quoi qu'en dise Voet [2]. La loi romaine, sur laquelle il se fonde, ne peut être entendue dans le sens qu'il lui attribue [3]. On ne s'attache qu'au lieu où la chose est au moment de la restitution, et c'est ce que l'art. 1943 a voulu dire quand il s'est servi de ces expressions : « *le lieu même du dépôt*. » Il est vrai que l'on pourrait y trouver quelque amphibologie, si Pothier, le guide habituel du Code civil, n'était là pour en fixer la valeur. Aussi suis-je étonné que Delvincourt ait pensé qu'elles font allusion au lieu où se trouvait la chose au moment du contrat [4]. Nullement! *le lieu même du dépôt*, c'est le lieu où se trouve le dépôt au moment de la restitution [5]; sans quoi l'on obligerait le dépositaire à se déplacer pour effectuer la restitution. Serait-ce juste? serait-ce conforme à la bonne foi et aux égards que mérite le dépositaire?

Peu importe même que le lieu où le dépôt est actuellement soit plus éloigné que celui où la chose a été déposée, pourvu que le dépositaire l'y eût transportée sans mauvaise intention [6].

169. Et de là il suit implicitement que si, pour l'intérêt du déposant, le dépositaire juge à propos de ne lui remettre la chose que dans tel lieu qu'il désigne, cette indication devra être suivie. Sénèque me met sur la voie de cette opinion quand il dit : « *Depositum reddere per se res expetenda » est, non tamen semper reddam* NEC QUOLIBET » LOCO, *nec quolibet tempore* [7]. »

170. Si le déposant avait intérêt à ce que la restitution lui fût faite au lieu où se trouvait la chose au moment du dépôt, pourrait-il le demander et l'obtenir en remboursant au dépositaire les frais de transport, et en prenant à sa charge tous les risques? L'affirmative est décidée par Pomponius, dans la loi 12, § 1er, Dig., *depositi*, et je n'y vois aucun inconvénient, puisque le dépositaire doit être entièrement indemnisé, et que surtout le péril de la chose passe sur la tête du déposant, aux risques duquel le transport sera fait [8]. Néanmoins, le président Favre a repoussé avec force la partie de la loi précitée qui contient cette solution [9]; il l'attribue à une falsification de Tribonien, toujours coupable à ses yeux de ce que n'admet pas sa raison; il ne veut pas qu'on puisse exagérer les obligations du dépositaire, qui a rendu un service d'ami et a droit à être traité avec reconnaissance et avec faveur. Mais j'avoue que je ne conçois pas comment le dépositaire serait fondé à se plaindre ici d'être soumis à des exigences aggravantes. Le président Favre oublie-t-il donc que le désir du déposant n'est pris en considération qu'à la condition que le dépositaire n'aura rien à souffrir en soins, risques et dépenses [10]?

[1] L. 12, Dig., *depositi*.
[2] *Depositi*, n° 6.
[3] Favre, *Ration*. sur la loi 12, § 1, Dig., *depositi*. — Et Pothier, n° 57.
[4] T. 8, p. 397.
[5] Duranton, t. 18, n° 67. — Duvergier, n° 488.
[6] Pomp., L. 12, § 1, Dig., *depositi*. — Pothier, n° 57.
[7] *De benefic.*, l. 4, n° 10.
[8] Doneau, sur la loi penult., C., *depositi*, n° 4.
[9] *Ration*. sur cette loi.
[10] *Junge* Duranton, t. 18, n° 67. — Et Duvergier, n° 489. — Mais ils n'ont pas fait assez remarquer que la chose doit voyager aux risques du déposant.

ARTICLE 1944.

Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution; à moins qu'il n'existe entre les mains du dépositaire une saisie ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée.

SOMMAIRE.

171. Du temps où la chose déposée doit être rendue. Le dépositaire doit être toujours prêt à faire la restitution.
172. Tempérament avec lequel ceci doit être entendu.
173. Le temps convenu pour la remise du dépôt est censé stipulé dans l'intérêt du déposant. Le déposant peut changer de volonté.
174. *Quid* s'il y a opposition entre les mains du dépositaire.
175. Si on découvre un cas de vol, la restitution peut se trouver arrêtée par cet événement.
176. Suite.
177. De la rétention pour cause de compensation. Renvoi.
178. De la restitution anticipée demandée par le dépositaire, qui a intérêt à être déchargé.

COMMENTAIRE.

171. Vient maintenant la question de savoir quand la chose doit être rendue.

Le dépositaire, n'étant qu'un simple gardien de la chose, doit être toujours prêt à la restituer : « *Eus, volenti ei qui deposuit, red-* « *dere* ILLICO *modis omnibus compellatur.* » Ce sont les paroles de Justinien [1]. Elles font la base de notre article.

172. Il faut cependant entendre ceci avec équité, comme le conseillait Marcellus [2]. Le dépositaire peut avoir transporté de bonne foi la chose déposée dans un lieu autre que celui où elle doit être rendue ; ou bien, il peut l'avoir enfermée dans des greniers, magasins, locaux quelconques, qu'il ne lui est pas possible d'ouvrir à l'instant [3]; ou bien encore, il se peut que le déposant ait permis au dépositaire de se servir de la chose. Dans tous ces cas, il est évident que le déposant doit patiemment souffrir le léger retard qui est nécessaire pour le satisfaire.

173. Quand même les parties seraient convenues d'un temps pour la restitution du dépôt, comme le délai n'a été stipulé que dans l'intérêt du déposant, ce dernier est toujours maître d'exiger que la restitution soit devancée.

Ulpien donne pour exemple le cas où le déposant a fait le dépôt pour être rendu après sa mort [4]. Rien ne l'empêche de changer de volonté [5], et de demander la restitution de son vivant [6].

174. Dans tous les cas, le dépositaire ne peut se dessaisir lorsqu'il a été formalisé entre ses mains une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose. Il n'est obligé à rendre cette chose au déposant que lorsque celui-ci a obtenu mainlevée.

Au reste, ceci doit être concilié avec l'art. 565 du Code de proc. civ., qui légitime les payements faits par le tiers saisi, lorsqu'il n'a pas été touché, dans le délai de l'art. 564, de la dénonciation de la demande en validité.

175. Nous avons vu dans le commentaire des art. 1937 et 1938 comment, en cas de dépôt d'une chose volée, la restitution peut être arrêtée, soit par la découverte du vol faite par le dépositaire, soit par l'avertissement que lui donne le vrai propriétaire du vol dont il a été victime [7].

176. Au surplus, lorsqu'à part le cas de vol, le dépôt porte sur la chose d'autrui, le simple avis donné au dépositaire,

[1] L. pénult., C., *depositi*. — *Junge* Ulp., L. 1, § 22, Dig., *depositi*.
[2] Ulp., l. 1, § 22, Dig., *depositi*.
[3] *Id*. — Doneau, sur la loi pénult., C., *depositi*. — Pothier, n° 59.
[4] L. 1, §§ 45 et 46.
[5] *Mutata voluntate*.
[6] Doneau, n° 4, *loc. cit.*
[7] *Supra*, n°s 140 et suiv.

par un tiers se disant vrai propriétaire, que la chose déposée n'appartient pas au déposant, n'empêcherait pas la restitution dans les mains du déposant [1]. Car rien ne s'oppose au dépôt de la chose d'autrui, et le dépositaire ne connaît que le déposant. Pour protéger ses intérêts, le vrai propriétaire doit recourir à la voie de la saisie-arrêt ou opposition, qui seule est de nature à apporter obstacle à la restitution [2].

Il est vrai que Justinien décide qu'il suffit au propriétaire de se déclarer pour tel par une notification écrite, et d'annoncer qu'il va faire juger la question, pour que le dépositaire soit autorisé à retenir la chose jusqu'à la décision définitive [3], à moins que le déposant ne lui donne caution suffisante qu'il le défendra. Justinien ajoute que le dépositaire doit jurer de plus que cette opposition du tiers se disant propriétaire n'est pas le fruit d'une collusion.

Je réponds que cette disposition a été abrogée, au jugement des plus nombreux interprètes, par l'authentique *Sed jam cautum*, C., *depositi* [4]; qu'à la vérité Doneau soutient une opinion contraire [5]; mais que, dans tous les cas, s'il suffisait à un tiers de se déclarer propriétaire, sans pratiquer de saisie-arrêt ou opposition, il y aurait lieu à une foule de fraudes et de procès dans la restitution des dépôts; que l'art. 1944 n'admet la rétention que pour le cas de saisie-arrêt ou opposition en règle [6]; et que si l'interprétation peut ajouter à cet article, ce n'est que pour le cas de vol, d'après l'art. 1938.

177. Le dépositaire pourra-t-il retenir la chose pour cause de compensation? Cette question reviendra sous l'art. 1948, et nous y renvoyons.

178. Le dépositaire rend un service d'ami; il ne faut donc pas trouver extraordinaire que lorsque le dépôt devient gênant pour lui, il exige que le déposant le retire de ses mains. En principe, il est libre, quand il a de justes motifs, de se démettre du dépôt [7], à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il s'est engagé à le conserver pendant un certain temps [8]. Alors il doit se conformer à la loi du dépôt [9].

Cependant si, même dans ce cas, des motifs graves militaient en sa faveur, il pourrait se faire exonérer [10].

ARTICLE 1945.

Le dépositaire infidèle n'est pas admis au bénéfice de cession.

SOMMAIRE.

179. Le dépositaire infidèle est infâme. Jurisprudence romaine. Mot de Cujas.

Le dépositaire infidèle est exclu du bénéfice de cession.

180. Sens des mots *dépositaire infidèle*.

181. Si le dépositaire infidèle est soumis à la contrainte par corps.

182. De la contrainte par corps pour dommages et intérêts.

183. Le juge ne doit pas abuser de ce dernier moyen; il doit le réserver pour les cas de fraude.

COMMENTAIRE.

179. *Contractus depositi est sacer contractus!* s'écrie Cujas [11]. Aussi les Romains déclaraient-ils infâme celui qui violait ou niait un dépôt [12].

Notre article s'arme également d'une juste sévérité contre le dépositaire infidèle. Il l'exclut du bénéfice de cession, conformément à l'art. 1268, Code civil, avec lequel

---

[1] Voet, nº 9: « *Nec intercessio seu prohibitio tertii.* »
[2] *Supra*, nº 144.
[3] La loi *si quis*, C., *depositi*.
[4] Accurse et autres.
[5] Sur ces deux lois.
[6] *Junge* Voet, *Depositi*, nº 9, *in fine*.
[7] Doneau, sur la loi 6, C., *depositi*.—Voet, *loc. cit.*—Arg. de la loi 5, § 2, Dig., *depositi*.
[8] Zachariæ, t. 3, p. 15.
[9] L. 6, C., *depositi*.
[10] *Infra*, art. 1960, nº 270.
[11] *Supra*, nº 3.
[12] *Id*.

il faut lier l'art. 905 du Code de proc. civ. Le bénéfice de cession est un secours accordé au malheur. Le dépositaire infidèle est indigne de cette faveur.

180. Par dépositaire infidèle, il faut entendre celui qui détourne ou dissipe le dépôt, qui en nie l'existence ou en viole frauduleusement les conditions. Cette qualification rigoureuse ne saurait être appliquée au dépositaire qui n'a fait que se rendre coupable d'un défaut de soins, exempt de dol caractérisé.

181. Le dépositaire infidèle est-il sujet à la contrainte par corps pour la représentation de la chose déposée?

Je distingue :

Si la poursuite a été dirigée devant les tribunaux correctionnels, en vertu de l'article 408, Code de proc., la contrainte par corps est attachée de plein droit à l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages et intérêts et aux frais [1].

Mais si l'action est portée devant les tribunaux civils, il n'en est pas de même.

L'art. 2060 du Code civ. ne prononce la contrainte par corps que contre le dépositaire nécessaire. Aucune disposition de la loi ne l'inflige au dépositaire volontaire; et l'on connaît l'art. 2063, qui défend aux tribunaux de l'appliquer dans les cas qui n'ont pas été formellement déterminés. Le juge dépasserait donc son pouvoir s'il condamnait par corps un dépositaire ordinaire à représenter le dépôt qu'il aurait dissipé. C'est ce qu'a jugé la cour suprême par arrêt de cassation du 18 novembre 1834, rendu dans une espèce où la cour royale de Paris avait soumis à la contrainte par corps un notaire, dépositaire volontaire, qu'elle avait condamné à la restitution d'une somme d'argent [2].

182. Néanmoins, le juge pouvant, d'après l'art. 126 du Code de proc. civ., adjuger suivant sa prudence la contrainte par corps pour dommages et intérêts excédant 300 francs [3], il est dans son pouvoir discrétionnaire de lier cette peine aux dommages et intérêts, et de forcer par là le dépositaire à la restitution du dépôt [4].

183. Mais le juge ne doit pas abuser de ce moyen de coercition. Il doit le conserver pour le cas d'abus caractérisé, de violation frauduleuse de la foi promise. Il ne faudrait pas l'étendre au dépositaire condamné à des dommages et intérêts pour un simple défaut de surveillance [5].

ARTICLE 1946.

Toutes les obligations du dépositaire cessent s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée.

SOMMAIRE.

184. Il n'y a pas de dépôt de sa propre chose.

185. Mais le dépositaire qui prétend se décharger du dépôt en disant qu'il est propriétaire de la chose doit le prouver. La présomption est plutôt en faveur du déposant.

186. Peu importe que la propriété du dépositaire soit antérieure ou postérieure au dépôt.

COMMENTAIRE.

184. L'art. 1946 ne demande pas beaucoup d'efforts pour être expliqué. On ne peut pas se constituer dépositaire de sa propre chose; car le dépôt, ne donnant que la garde de l'objet déposé, n'est pas compatible avec le droit de celui qui est pleinement propriétaire de la chose même. « Nec » jure gentium consistit depositum, cujus

[1] Art. 52, Code pén.
[2] Dalloz, 35, 1, 10. — Devill., 34, 1, 777.
[3] Mon *Comment. de la vente*, n° 303.
[4] *Voy.* là-dessus Duranton, t. 18, n° 69. — Zachariæ, t. 3, p. 113. — Duvergier, n° 500. — Ce dernier a seul enseigné l'opinion que nous adoptons.
[5] Zachariæ, *loc. cit.*

» hæc est potestas, ut alii, non domino, sua » ipsius res quasi aliena servanda detur [1]. »

185. Mais, pour se décharger des obligations du dépositaire, il ne suffit pas d'alléguer un droit de propriété, il faut le prouver [2] promptement [3]; sans quoi, la présomption serait pour celui qui a fait le dépôt [4].

186. Il importe peu que le droit de propriété justifié par le dépositaire remonte à une époque antérieure au dépôt, ou qu'il l'ait acquis après le dépôt et pendant sa détention. Dans le premier cas, il n'y a pas eu de dépôt proprement dit; il n'y a eu qu'une apparence sans réalité. Dans le second, le dépôt s'est évanoui par la consolidation de la propriété sur la tête du dépositaire [5].

QUATRIÈME SECTION.

DES OBLIGATIONS DE LA PERSONNE PAR LAQUELLE LE DÉPÔT A ÉTÉ FAIT.

ARTICLE 1947.

La personne qui a fait le dépôt est tenue de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées.

ARTICLE 1948.

Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

SOMMAIRE.

187. De l'obligation du déposant. Différence entre son obligation et celle du dépositaire; elle ne donne lieu qu'à une action *contraire* et non pas directe.
188. En quoi consiste-t-elle? Des dépenses dont le dépositaire doit être indemnisé. S'il y a lieu de distinguer entre les grosses et les menues dépenses. Exemples.
189. Suite.
190. Suite.
191. Les pertes dont le dépositaire demande la réparation ne doivent pas avoir été occasionnées par sa faute.
192. De l'action *depositi contraria* accordée au dépositaire. D'où elle dérive.
193. Du droit de rétention accordé au dépositaire.
194. Suite.
195. Du privilége que le dépositaire peut invoquer pour frais pour la conservation de la chose.
196. Point de rétention pour les causes étrangères au dépôt.
197. De la compensation.
198. Suite.

COMMENTAIRE.

187. L'art. 1947 s'occupe de l'obligation du déposant.

Cette obligation est une obligation tacite; elle n'est pas expresse comme celle que le dépositaire contracte par la réception de la chose : elle est purement incidente [6].

[1] Tryphoninus, l. 31, § 1, Dig., *depositi*.—Julianus, l. 15, Dig., *depositi*. — *Voy.* aussi Favre, sur cette loi. — Pothier, n° 67. — Voet, n° 9.

[2] Texte de notre article.

[3] Voet, n° 9. — Pothier, *loc. cit.*

[4] Brunnemann, sur la loi 21, C., *depositi*. — Voet, n° 9. — Pothier, *loc. cit.*

[5] Doneau, sur la loi *si quis*, C., *depositi*, n° 12, p. 530, col. 2.

[6] Pothier, n° 72. — Doneau, sur la rubrique du C., *depositi*, n° 10.

Voilà pourquoi elle ne donne lieu qu'à une action appelée *contraire* en droit romain.

188. En quoi consiste-t-elle? à rembourser au dépositaire les avances qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée; en un mot, à l'indemniser de tout ce que le dépôt peut lui avoir occasionné de perte et de dépenses grosses et menues [1], sans qu'on apporte ici les distinctions admises en cas de commodat, puisque le dépositaire, n'ayant pas l'usage de la chose, n'a pas à prendre à sa charge certaines menues dépenses qui sont la condition de l'emploi de la chose à son profit [2].

Par exemple : il a été stipulé que le dépôt fait à Nancy entre mes mains serait apporté par moi à Paris. Le voyage m'occasionne des frais de déplacement : vous devez me les rembourser (art. 1942).

189. Autre exemple : vous avez déposé chez moi un cheval qu'il a fallu que je nourrisse [3], ou bien qui a été malade et pour la guérison duquel j'ai fait des frais de pansement : la bonne foi vous oblige à m'indemniser.

190. Enfin, supposons que j'aie enfermé dans un coffre l'argent que vous avez déposé chez moi, et que des personnes ayant des prétentions sur cette somme viennent à force ouverte me l'enlever en fracturant mes portes et en brisant mon coffre. Vous serez tenu de réparer le dommage dont la cause a été le dépôt dont je me suis chargé [4].

191. Bien entendu cependant que les pertes dont le dépositaire demandera la réparation n'auront pas été amenées par une faute de sa part [5].

192. Pour sanction de cette obligation du déposant, la loi accorde une action contre lui. Cette action est appelée *depositi contraria* : elle dérive du droit naturel et de la bonne foi, qui veut, soit qu'on ne s'enrichisse pas aux dépens d'autrui, soit qu'on répare le dommage qu'on a occasionné par son fait, surtout à une personne qui a voulu gratuitement rendre service [6].

193. Outre cette action, le dépositaire a un droit de rétention [7] qui lui permet de retenir la chose jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt [8]. De respectables interprètes du droit romain, Doneau [9], Voet [10], etc., avaient enseigné que les lois romaines s'opposaient à ce droit. Ils pensaient que nulle créance quelconque ne pouvait dispenser le dépositaire de remettre tout d'abord, et *prima fronte*, au déposant la chose déposée [11]. Mais d'autres jurisconsultes avaient soutenu la légitimité du droit de rétention [12]. De ce nombre est Pothier, dont le Code civil a fait prévaloir le sentiment [13].

194. Mais le dépositaire peut-il exercer ce droit de rétention au préjudice des tiers créanciers privilégiés sur la chose déposée? Je renvoie à ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Commentaire des hypothèques* [14].

195. Lorsque la créance du dépositaire est fondée sur des frais faits pour la conservation de la chose, il peut, faute du droit de rétention qui peut avoir été perdu par la remise de la chose, se prévaloir du privilége sur le prix, consacré par l'art. 2102, n° 3, du Code civ. [15].

196. Le droit de rétention n'a pas lieu lorsque le dépositaire n'est créancier que pour des causes étrangères au dépôt [16]. Son devoir est, avant tout, de rendre la chose qu'il tient à titre de dépôt; sauf à lui à faire valoir ensuite sa créance, ainsi qu'il appartiendra.

197. Quant à la compensation, il faut faire les mêmes distinctions que pour la rétention.

C'est pourquoi le dépositaire, créancier d'une somme d'argent pour cause étrangère au dépôt, ne peut la compenser avec ce dont il est débiteur comme dépositaire. Il doit commencer par rendre le dépôt : « *Depositæ » res, vel pecuniæ, prima fronte restituantur,* » dit Justinien dans une constitution célèbre sur cette matière [17].

198. Ce principe a lieu quand même il y

[1] Voet, *Depositi*, n° 10.
[2] *Voy.* le comment. des art. 1890 et 1896, n°s 133 et suiv.
[3] *Voy.* l'exemple donné par Modestin, l. 23, Dig., *depositi*.
[4] *African.*, l. 61, § 3, *De furtis*. — Pothier, n° 70.
[5] *Id.*
[6] Voet, *Depositi*, n° 10.
[7] Art. 1948.
[8] Mon *Comment. des hypothèques*, n° 257. — Vinnius, *Quæst. select.*, l. 1, c. 5.
[9] Sur la loi *si quis*, C., *depositi*, n°s 8 et 9.
[10] *Depositi*, n° 9.
[11] Par interprétation de la loi *si quis*, C., *depositi*.
[12] Vinnius, *loc. cit.*
[13] N°s 59, 403 et 74.
[14] N° 256.
[15] Mon *Comment. des hypothèques*, n° 257.
[16] Doneau, *loc. cit.*, n°s 8 et 9.
[17] *Si quis*, C., *depositi*.

aurait eu dépôt de part et d'autre. Par exemple, je dépose chez vous 5,000 fr., et vous, vous me faites le dépôt de 5,000 fr. [1] : chacun a droit de demander la restitution de son dépôt, sans que la compensation puisse être opposée.

CINQUIÈME SECTION.

DU DÉPÔT NÉCESSAIRE.

ARTICLE 1949.

Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage, ou autre événement imprévu.

ARTICLE 1950.

La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de 50 francs.

ARTICLE 1951.

Le dépôt nécessaire est d'ailleurs régi par toutes les règles précédemment énoncées.

SOMMAIRE.

199. Le dépôt nécessaire tire son nom de la nécessité qui y donne lieu. Les anciens docteurs l'appellent aussi *depositum miserabile*. Sa définition par Ulpien et par l'art. 1949.
200. Le dépôt d'hôtellerie n'est dépôt nécessaire que par assimilation.
201. Ancienneté de la distinction entre le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire. La nature des choses la légitime.
202. Le dépositaire nécessaire qui se rend coupable d'infidélité est encore plus répréhensible que le dépositaire volontaire.
203. Le dépôt nécessaire est dispensé de la preuve écrite.
204. Aperçu des faits de force majeure qui peuvent donner lieu au dépôt nécessaire.
205. Le dépôt nécessaire requiert l'intégrité du consentement, comme tous les autres contrats.
206. Suite.
207. Le dépositaire nécessaire répond de son dol et de sa faute lourde.
208. De la capacité des parties contractantes dans le dépôt nécessaire.

COMMENTAIRE.

199. Outre le dépôt volontaire, dont nous venons de suivre les détails, il y a le dépôt nécessaire, ainsi appelé parce qu'il prend sa source dans une nécessité née de la force majeure : « *Continet*, dit la loi romaine, » *causam fortuitam depositionis, ex necessitate* » *descendentem, non ex voluntate proficiscen-* » *tem* [2].

Ulpien en donne la définition suivante : « *Eum tamen deponere, tumultus, vel incendii,* » *vel cæterarum causarum gratia intelligendum* » *est, qui nullam aliam causam deponendi ha-* » *bet quam imminens ex causis suprascriptis* » *periculum* [3]. » Elle revient à celle de notre article. Les docteurs nomment aussi ce dépôt, *depositum miserabile;* car c'est le

[1] *Si quis*, C., *dep.* — Et Doneau, sur cette loi, n° 7.
[2] Ulp., l. 1, § 2, Dig., *depositi*.
[3] Ulp., l. 1, § 3, Dig., *depositi*.

cas de ruine, incendie, naufrage, tumulte et autres calamités du même genre, qui en sont l'occasion, en obligeant le propriétaire à sauver par le moyen du dépôt sa chose menacée de perte [1].

200. On pourra objecter peut-être que les définitions données par Ulpien et l'art. 1949 ne sont pas assez larges, et que l'épithète de *depositum miserabile* est trop sinistre pour tous les cas; car notre section, outre le dépôt fait en cas de désastre et de force majeure, traite du dépôt fait chez les aubergistes, lequel n'a pas pour cause excitative un des périls dont nous venons de parler. Mais cette circonstance ne change pas les notions que l'art. 1949 a empruntées à l'ancienne jurisprudence et au droit romain; car le dépôt d'hôtellerie n'est pas en soi un dépôt nécessaire; il ne l'est que par assimilation, ainsi qu'on peut s'en convaincre par un rapprochement de l'art. 1952 avec l'article 1949.

201. La distinction du dépôt volontaire et du dépôt nécessaire remonte à l'édit du préteur [2]. Outre la faveur qui s'attache à un dépôt fait dans les accidents désastreux qui menacent la propriété et la vie, il faut faire attention qu'il y a une grande différence entre le dépositaire choisi par la confiance et celui qu'impose la nécessité. Si le premier manque à la foi du dépôt, il commet assurément une action odieuse et punissable. Après tout, cependant, le déposant n'a-t-il pas quelque chose à se reprocher pour avoir mal placé sa confiance? Mais, dans le dépôt nécessaire, rien ne peut atténuer ou compenser le délit du dépositaire : « *Crescit perfidiæ crimen*, dit Ulpien avec sé» vérité; *et publica utilitas coercenda est, vin» dicandæ reipublicæ causa* [3]. »

202. C'est pourquoi les Romains punissaient le dépositaire nécessaire coupable d'infidélité, par l'obligation de rendre le double de la valeur des choses déposées. Le dépositaire ordinaire n'était condamné qu'*in simplum* [4].

Ce mode de réparation n'est pas suivi dans les mœurs modernes [5].

203. Mais la faveur du dépôt nécessaire se manifeste chez nous en ce qu'il n'est pas assujetti à la preuve écrite, lors même que sa valeur excède 150 francs. Dans tous les cas, la preuve testimoniale y est admissible, le déposant n'ayant pas eu le temps de s'en procurer une preuve littérale; car, comme le dit Ulpien sur notre sujet : « *Tempus non » patitur plenius deliberandi consilium* [6]. » C'est ce qu'avait établi l'ordonnance de 1667, d'après une jurisprudence née sous l'empire de l'ordonnance de Moulins. On cite un arrêt du mois d'août 1573, qui, malgré la prohibition de cette dernière ordonnance, admit la preuve par témoins en faveur des héritiers d'un protestant qui, dans l'année 1572, le jour même de la Saint-Barthélemy, et quelques heures avant sa mort sanglante, avait déposé son argent chez un homme qu'il croyait son ami [7].

L'art. 1950 confirme cette jurisprudence [8].

204. L'art. 1949 n'a pas énuméré tous les cas imprévus qui peuvent donner lieu au dépôt nécessaire. Après avoir parlé de l'incendie, de la ruine, ou du pillage, il abandonne à l'interprétation le soin d'apprécier les autres événements de force majeure qui soumettent la personne à une impérieuse nécessité. On peut citer la sédition, la contagion, l'inondation, le naufrage, la guerre civile, l'incursion des ennemis, la violence, la juste crainte de mort [9], etc., etc. Nous avons vu au numéro précédent que l'horrible massacre de la Saint-Barthélemy avait été mis dans un de ces tristes cas de force majeure.

Les auteurs du XVIe siècle, témoins des guerres civiles de cette époque, parlent sans cesse à ce propos des soldats arrivant dans les campagnes pour enlever les bestiaux, et dans les villes pour piller les maisons, pendant que les paysans et les marchands fuyaient épouvantés, emportant ce qu'ils avaient de plus précieux, et le déposant entre les mains d'un ami moins soupçonné qu'eux [10].

205. Bien que la cause excitative du

[1] Ulp., l. 1, §§ 1 et 3, Dig., *depositi.*
[2] *Id.*, *loc. cit.*
[3] L. 1, § 4, Dig., *depositi.*
[4] L. 1, §§ 1 et 4, Dig., *depositi.* — Neratius, l. 18, Dig., *depositi.*
[5] Groeneweghen, sur la loi 1, Dig., *depositi.* — Voet, *Depositi*, n° 11. — Pothier, n° 76.
[6] L. 1, Dig., *de exercit. act.*
[7] Danty, p. 77, 78, n° 15.
[8] *Junge* art. 1348, Code civ.
[9] Danty, *loc. cit.*
[10] Boiceau, p. 68 et 69

dépôt nécessaire soit une nécessité fatale, néanmoins il n'en est pas moins un contrat proprement dit, une convention dans laquelle la volonté joue son rôle ordinaire. Le déposant a la volonté de donner sa chose en garde, et le dépositaire a la volonté de la recevoir à titre de dépôt [1]. Je m'étonne donc que l'orateur du gouvernement, Réal, ait avancé solennellement, dans son *Exposé des motifs*, « qu'il ne s'agit pas ici d'un con- » trat, mais *plus exactement* d'un *quasi-con- » trat*, fondé sur la nécessité [2]. » Ces paroles ne sont pas assez réfléchies. C'est une preuve de la réserve avec laquelle il faut accepter ces discours officiels, où la loi ne trouve pas toujours sa meilleure explication.

206. Comme contrat proprement dit, le dépôt nécessaire est soumis aux règles du dépôt volontaire; sauf ce que nous avons dit ci-dessus [3] des moyens d'en faire la preuve.

207. Ainsi, le dépositaire répond de son dol et de sa faute lourde, il est tenu de rendre la chose, etc., etc.

208. Il n'y a qu'en ce qui concerne la capacité des contractants que des doutes peuvent s'élever sur la conformité des règles du dépôt nécessaire avec le dépôt volontaire. En effet, dans les moments de hâte qui accompagnent certaines catastrophes, on n'est pas libre de choisir à sa guise le dépositaire; on peut être forcé de s'adresser, faute de mieux, à une femme mariée, à un mineur, que le hasard place près de vous pour vous rendre service. Dans un cas de naufrage, par exemple, on voit tous les jours des personnes de tout sexe et de tout âge concourir au sauvetage et recevoir en dépôt des effets échappés de la fureur des flots. Ces dépôts sont-ils nuls?

Je réponds que, dans la vérité et la pureté du droit, il n'y a pas à hésiter sur l'application des principes que nous avons développés aux nos 51 et suiv. L'incapable, par sa nature et sa position légale, ne saurait devenir capable par de pures circonstances fortuites. Mais si le dépôt en question ne vaut pas comme contrat, il vaudra toujours comme quasi-contrat; ayant force obligatoire pour astreindre la femme mariée et le mineur à la représentation de la chose déposée. C'est en ce sens qu'il faut prendre un passage de Danty [4], qui, ainsi interprété, se combine à merveille avec les notions que nous avons données *supra*, nos 55, 56, 57, 58.

ARTICLE 1952.

Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux. Le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire.

ARTICLE 1953.

Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait, ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie.

ARTICLE 1954.

Ils ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure.

SOMMAIRE.

209. Du dépôt d'hôtellerie, assimilé au dépôt nécessaire.
210. Raison de cette assimilation.
211. Le dépôt d'hôtellerie n'est-il pas plutôt un louage qu'un dépôt?

[1] Domat, liv. 1, tit. 8, sect. 5, no 2.
[2] Locré, t. 15, p. 125.
[3] No 203.
[4] P. 78.

212. Différence entre les hôteliers et les voituriers.
213. Comment le dépôt d'hôtellerie se forme.
214. Preuve vocale en cette matière.
215. De la valeur du dépôt et de la preuve à cet égard.
216. Précautions prises par la jurisprudence pour protéger les hôteliers.
Nécessité de la responsabilité qui pèse sur eux.
217. Choses comprises dans le dépôt d'hôtellerie.
218. L'apport dans l'hôtellerie, sans consignation entre les mains de l'hôtelier, suffit pour établir le dépôt.
Explication à cet égard.
Précaution avec laquelle il faut prendre ici la sentiment de Pothier.
219. Du moins ne faut-il pas un avertissement pour que l'aubergiste soit responsable de certains objets précieux, tels que bijoux, argent, etc., etc. ?
220. Arrêts anciens sur cette question.
221. Comment le Code civil a entendu la trancher.
222. Suite. Sens du mot *effets*.
223. Suite.
224. Toullier exige un avis donné à l'hôtelier, lorsqu'il s'agit d'objets précieux.
225. Réfutation de son système. Vrai sens de l'art. 1952.
Tempérament avec lequel il doit être pris en certains cas.
226. Suite.
227. La responsabilité de l'hôtelier s'étend aux vols commis dans les dépendances de l'hôtel.
Ce qu'on doit entendre ici par *dépendances*.
228. L'art. 1952 s'applique aux logeurs en garni.
229. Et aux baigneurs publics, aux teneurs de billards et cafés, aux restaurateurs.
230. Tous répondent du fait de leurs domestiques et préposés.
231. Et du fait des gens allant et venant dans l'hôtel, sans même que les objets entrés dans l'hôtel aient été remis entre les mains de l'hôtelier.
232. Pourquoi les hôteliers, aubergistes et autres sont tenus plus sévèrement que les autres dépositaires.
233. Quand cesse la responsabilité de l'hôtelier.
De la perte par force majeure. C'est l'hôtelier qui doit la prouver.
234. Le vol commis par des personnes du dehors n'est pas par lui-même un cas de force majeure.
Il faut, d'après l'art. 1954, qu'il soit accompagné de violence armée.
235. De l'effraction. Faut-il l'assimiler au vol commis à main armée? Arrêt du parlement de Toulouse de 1584.
236. Il faut que le vol commis à main armée ait été commis par des personnes du dehors, et non par les gens de l'hôtel ou autres personnes allant et venant.
237. Si un maître est volé dans son hôtel par son propre domestique, l'hôtelier n'est pas responsable.
238. De la perte occasionnée par la faute du voyageur.
Exemples notables pris de l'ancien droit.
239. Exemple plus récent.
240. La responsabilité de l'hôtelier cesse s'il a déclaré ne pas vouloir se charger de tel ou tel objet.
Éclaircissements à cet égard.
241. *Quid* du cas où l'hôtelier a fait afficher un avertissement portant qu'il ne se chargerait que des bijoux à lui déposés spécialement ?

COMMENTAIRE.

209. Après avoir parlé, dans les art. 1949, 1950, 1951, du dépôt nécessaire proprement dit, le législateur traite, dans les art. 1952, 1953, 1954, du dépôt d'hôtellerie, qui n'est dépôt nécessaire que par assimilation. Les livres du droit romain ont marqué à merveille cette nuance. Le dépôt nécessaire, ou *depositum miserabile*, a sa place dans le titre *Depositi*, dont il est une branche. Le dépôt d'hôtellerie fait le sujet d'un autre titre intitulé : *Nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant* [1].

210. Cette assimilation du dépôt d'hôtellerie avec le dépôt nécessaire est fondée sur ce que le voyageur qui prend asile chez eux est en quelque sorte forcé de suivre leur foi et de leur confier les objets dont il est accompagné : « *Quia necesse est plerumque* » *eorum fidem sequi et res custodiæ eorum* » *committere* [2]. »

De plus, on n'est pas toujours maître en voyage de choisir son hôtelier. On arrive fatigué, ne connaissant pas les localités, et on prend gîte dans l'auberge où vous mène votre postillon ; ou bien, si l'on voyage en messagerie, on est, pour ainsi dire, obligé de s'arrêter aux hôtels adoptés par l'administration qui vous conduit [3].

211. Mais, dira-t-on, est-ce bien un dépôt que ce contrat qui se forme entre l'hôtelier et le voyageur? N'est-ce pas plutôt un louage?

Distinguons.

Il y a louage pour les services qui sont rendus à la personne, et pour le logement qui lui est donné. Mais, en ce qui concerne

---

(1) *Voy.* sur cette matière Corneus, *Consil.*, 318, vol. 4.

(2) Ulp., l. 1, Dig., *nautæ*.
(3) Mon *Comm. du Louage*, nº 908.

les effets apportés avec le voyageur, il y a dépôt pur et simple [1].

212. C'est la différence qui existe entre les hôteliers et les voituriers. Ceux-ci ne contractent qu'un louage, réglé par l'article 1782 du Code civil; ils s'engagent principalement à transporter la chose, ou la personne et la chose. Ce service est salarié, et la garde des objets voiturés procède; non pas d'un dépôt, mais d'une location [2]. Il en est autrement dans le dépôt d'hôtellerie. L'agissement intervenu entre les parties ne peut être rapporté qu'à la classe du dépôt.

213. Ce contrat se forme tacitement par la remise de la chose, ou l'introduction dans l'hotellerie. Il est dispensé de la preuve écrite; il peut se prouver par témoins. Un voyageur qui arrive fatigué a autre chose à faire qu'à dresser un acte du dépôt qu'il confie à l'aubergiste [3].

214. Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour admettre la preuve vocale du dépôt; et l'art. 1348, conforme à l'ordonnance de 1667, l'autorise à faire dépendre sa décision de la qualité des personnes et des circonstances du fait [4]. Sans cette précaution, en effet, des personnes de mauvaise foi auraient allégué des dépôts imaginaires, et, à l'aide d'une preuve testimoniale souvent trop facile, on aurait fait peser sur l'aubergiste des réparations pécuniaires, fruit de la fraude et d'une coupable collusion. Les tribunaux sauront se tenir en garde contre ce danger. Ils n'admettront la preuve qu'autant que les circonstances du fait et la probité du demandeur leur offriront de suffisantes garanties. Ils pourront aussi prendre le serment de la personne volée [5].

215. Il ne suffit pas au voyageur d'établir l'existence du dépôt; il doit encore en justifier la valeur : le serment *ad litem* qu'on lui défère est ordinairement le moyen de preuve admis en pareil cas; le juge exige une déclaration détaillée des objets perdus ou volés, une appréciation de ce qu'ils valent, et une affirmation assermentée de la sincérité de ce détail [6]. Et encore si le juge estime que l'évaluation est trop forte, il est dans son pouvoir discrétionnaire de la réduire dans de justes limites.

216. On voit que l'intention de la jurisprudence n'est pas d'abandonner les hôteliers a des recours sans fondement ou sans discrétion. Après cela, rien de plus juste que la responsabilité qui pèse sur eux. Où serait sans elle la sûreté des voyageurs? Quelle facilité pour les escrocs et les fripons de s'entendre avec les hôteliers pour exercer, de concert et à profit commun, une coupable industrie [7]!

217. Le dépôt embrasse, suivant l'art. 1952, tous les effets apportés par le voyageur. Ce mot d'effets comprend les choses que le voyageur conduit avec lui, ses marchandises [8], ses vêtements, son bagage, tout ce qui sert à son usage quotidien [9].

218. En général, il n'est pas nécessaire que ces effets aient été consignés expressément dans les mains de l'hôtelier; il suffit qu'ils aient été apportés dans l'hôtellerie [10].

Vainement l'hôtelier prétendrait-il cause d'ignorance! Il n'a pas besoin de connaître en détail les objets reçus dans l'hôtel. Si sa surveillance est exacte, il protégera par sa bonne et soigneuse administration les personnes et les choses qui ont en accès chez lui. En un mot, l'art. 1952 n'exige rien de plus pour faire naître la responsabilité, que l'apport dans l'hôtel. Et en cela il est conforme au droit romain et à l'ancienne jurisprudence [11]. C'est ainsi qu'un aubergiste fut déclaré responsable d'un vol commis au préjudice d'un voyageur, qui était arrivé chez lui à deux heures après minuit, et qu'il n'avait pas vu entrer [12]. Une hôtellerie doit être sûre à toute heure; la surveillance ne s'y doit jamais ralentir.

Je sais que Pothier enseigne que le dépôt n'est censé intervenu qu'autant que les effets du voyageur lui ont été expressément donnés en garde [13]. Mais il faut bien se garder de transporter cette doctrine dans l'inter-

[1] *Supra*, nº 14. Arg. de la loi 1, § 8, Dig., *depositi*. — Voet, *Nautæ, caup.*, nº 1 : « Actio locati conducti, » vel etiam *depositi*, comparata est illis qui læsi sunt. » Pourquoi *locati?* parce que le titre du Dig. embrasse les voituriers et les aubergistes!

[2] Mon *Comm. du Louage*, nº 908.

[3] *Id., loc. cit.*

[4] Toullier, t. 9, nº 253.

[5] Brillon, vº *Hôtelier*, nº 2.

[6] Danty, p. 84.

[7] Ulp., l. 1 § 1, Dig., *nautæ, caupones*.

[8] Arrêt du parlement de Paris de la N.-D. d'août 1582. Charondas, liv. 6. *Rép.*, 81. Brillon, vº *Hôtelier*, nº 3.

[9] Ulp., l. 1, § 6, Dig., *nautæ, caup. Infra*, nº 222.

[10] *Id.*, § 8, Dig., *nautæ*.

[11] Danty, p. 84, nº 21.

[12] *Id.*

[13] Nº 79

prétation du Code civil, elle est encore moins vraie aujourd'hui que dans l'ancien droit français, puisque le texte de l'art. 1952 semble avoir été fait tout exprès pour la condamner. Et comme elle sert de guide à Pothier dans tout ce qu'il a écrit sur cette matière, il en résulte qu'on ne doit accueillir qu'avec précaution un grand nombre de solutions données par cet auteur, ordinairement si sûr.

219. Néanmoins, un avertissement exprès donné à l'hôte ne serait-il pas nécessaire pour certains objets précieux, qui excitent la convoitise par leur grande valeur, et sont faciles à voler par leur petit volume, comme les bijoux, les espèces d'or ou d'argent, etc., etc.? N'est-il pas nécessaire alors que l'hôte soit prévenu, afin qu'il prenne des mesures particulières de surveillance, de telle sorte que si le voyageur l'a laissé sans avertissement, il soit exempt de responsabilité?

220. L'ancienne jurisprudence n'offre sur cette question que des monuments contradictoires. Tantôt on voit l'hôtelier tenu d'indemniser le voyageur à qui l'on avait volé dans son auberge une chalue d'or qu'il n'avait pas déclarée [1]; ou bien condamné à rendre une somme de 2,000 livres enlevée à deux ecclésiastiques [2]; tantôt, au contraire, les hôteliers sont déchargés de vols d'argent [3] ou de pierreries [4]. Et les arrêtistes expliquent ces diversités de solutions par les circonstances des procès, telles que la faute du voyageur, le défaut de créance dans ses assertions [5], etc., etc.

221. C'est dans cet état que le projet de Code civil trouva les choses. Il fut dans sa pensée de rendre les hôteliers responsables de plein droit par le seul fait de l'apport dans leur établissement; car, indépendamment de l'art. 1952 (c'était dans le projet l'art. 37), qui traduit cette idée en termes directs, on avait proposé un art. 38 ainsi conçu : « L'hôtelier ou aubergiste est res- » ponsable des *effets* apportés par le voya- » geur, encore qu'ils n'aient point été remis » à sa garde personnelle. »

Le tribunat proposa la suppression de cet article par les raisons suivantes : « La sec- » tion regarde comme suffisant l'art. 37 » (l'art. 1952), qui *déclare formellement* [6] » les aubergistes ou hôteliers responsables » des effets *apportés* [7] par le voyageur qui » loge chez eux. Il a paru beaucoup trop » rigoureux d'assujettir les aubergistes ou » hôteliers, *sans distinguer aucune circon- » stance et sans excepter aucun cas*, à la res- » ponsabilité de tout ce qu'un voyageur » aurait apporté chez eux, quand même ce » seraient des objets du plus léger volume » et du plus grand prix, et que même le » voyageur n'aurait prévenu personne. Cette » extrême rigueur deviendrait *quelquefois* » une grande injustice. Et comme il est im- » possible que la loi prévoie ces différents » cas, elle doit se contenter d'établir *le » principe général*, et doit laisser le reste à » l'arbitrage du juge [8]. »

Ces observations entraînèrent le retranchement de l'art. 38. L'art. 1952 (37) resta seul avec les énonciations que le tribunat déclarait être formelles.

222. Plusieurs observations sortent de ce remaniement.

D'abord remarquons que le mot *effets*, employé dans l'art. 37 et dans l'art. 38, a été pris par le tribunat dans son sens le plus étendu, et qu'on n'a pas contesté que cette expression embrassât les objets les plus précieux et du plus grand prix. Cette observation grammaticale ne doit pas être perdue de vue.

223. Et puis, qu'a voulu le tribunat? Décharger absolument les hôteliers de la responsabilité des objets précieux non déclarés? Point du tout. Mais il pense qu'il ne faut pas donner une règle trop absolue, parce que des inconvénients pourraient en résulter *quelquefois*; qu'il convient de s'en rapporter à la sagesse des juges qui pourront, suivant les circonstances, condamner ou absoudre; que tantôt il pourra être jugé que la déclaration des objets précieux était une règle de prudence; que tantôt il pourra être jugé qu'elle était inutile.

Ainsi entendues (et je ne crois pas m'écarter de leur portée légitime), les observations du tribunat sont sages; elles laissent intact le principe posé par l'art. 1953, à

[1] Bouchel, v° *Hôteliers*.
[2] Merlin, *Répert.*, v° *Hôtellerie*. Arrêt du parlement de Paris du 7 juill. 1724.
[3] Paris, 27 août 1677. (Merlin, *loc. cit.*)
[4] Augeard, Paris, 7 déc. 1700.
[5] Merlin, *loc. cit.*
[6] Notez ces mots.
[7] *Id.*
[8] Locré, t. 15, p. 118.

savoir, que le dépôt résulte de l'apport; mais elles le subordonnent à l'examen de certaines circonstances de fait qui peuvent constituer le voyageur en faute.

224. Toullier a cependant posé, comme un théorème démontré, que la responsabilité de l'aubergiste cesse d'une manière absolue s'il n'a pas été averti par le voyageur que de l'argent, des objets précieux ont été apportés par lui dans son hôtel [1]; et cette doctrine est reproduite dans les considérants d'un arrêt de la cour de Paris du 2 avril 1811 [2]. Cet auteur est aussi exclusif en faveur des hôteliers que le projet de Code civil l'était contre eux; à ses yeux, point de responsabilité sans déclaration positive. Absoudre l'aubergiste en pareil cas, c'est *suivre la raison naturelle!* Mais dans notre opinion il est évident que les amendements du tribunat ne conduisent pas à une nécessité invariable d'instruire l'hôtelier de l'existence des objets précieux, et le texte de l'art. 1952, conservé par le tribunat, résiste à une telle interprétation.

Toullier argumente de l'art. 1785 du Code civ. Je crois avoir démontré ailleurs que ce savant jurisconsulte n'en a pas présenté le véritable sens [3]; et d'ailleurs cet article n'a pas de rapport direct à la matière qui nous occupe, et l'on ne pourrait l'introduire sans violence dans le titre *Du dépôt nécessaire*.

225. Je dis donc que si l'art. 1952 peut être atténué dans son application par des circonstances de fait, il ne doit pas être énervé dans sa portée théorique par l'addition *a priori* de conditions arbitraires qui heurtent son esprit.

Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'un hôtelier dont l'établissement s'adresse aux classes les plus élevées et les plus riches de la société, et dont la clientèle s'alimente de personnes accoutumées à voyager avec un grand train de maison, avec du luxe et de la représentation. Quoi! il sera nécessaire de faire savoir à cet hôtelier, au moment où l'on descend chez lui, qu'on apporte des espèces d'or et d'argent, des bijoux, des objets précieux? Quoi! une femme élégante ira passer une saison aux eaux, et son hôtelier ne saura pas d'avance qu'elle a de riches parures, des diamants, etc., etc.! Est-ce qu'un hôtel accoutumé à recevoir de tels hôtes ne doit pas être administré de manière à ce qu'ils y trouvent pleine sûreté pour les objets de valeur dont ils sont nécessairement accompagnés? C'est ce que la cour de Paris paraît avoir enfin reconnu dans un arrêt récent dont je trouve la notice dans la *Gazette des tribunaux* du 31 août 1844.

M. de Magnoncourt, député du Doubs, logeait à Paris à l'hôtel du Rhin, place Vendôme, n° 4, avec sa femme et deux domestiques. Il y occupait un appartement du prix de 860 fr. par mois, quand, le 3 mai 1843, M[me] de Magnoncourt fut victime d'un vol. Il fut soustrait sur la cheminée de sa chambre à coucher une châtelaine dorée, une montre de 500 fr., 5 bagues, dont une avec un camée antique représentant une tête de Néron, une autre avec un rubis et six petits diamants; d'autres bijoux enfin, qui, réunis aux précédents, étaient estimés par M. de Magnoncourt à une valeur de 2,000 fr.

Ce vol resta enveloppé de profondes ténèbres. M. de Magnoncourt dirigea alors une action en responsabilité contre le maître d'hôtel, Martin et C[e].

Celui-ci, pour échapper à cette demande, excipa du défaut de déclaration des objets apportés dans l'hôtel par M. de Magnoncourt; de l'imprudence de la dame de Magnoncourt qui avait laissé les objets en question sur sa cheminée; il ajoutait que M. et M[me] de Magnoncourt, ayant des domestiques particuliers, étaient censés avoir pris sur eux la surveillance de leur appartement.

Mais le tribunal de la Seine ne s'arrêta pas à ce système: prenant pour son point de départ l'art. 1952 du Code civ., il décida qu'aucune disposition de la loi ne prescrit la déclaration préalable; que souvent il pourrait y avoir du danger à cette déclaration; que la chambre de M[me] de Magnoncourt se trouvant au fond de l'appartement, cette dame n'avait pas été imprudente en laissant sur sa cheminée ses bijoux; qu'enfin Martin et C[e] ne sauraient tourner contre les époux de Magnoncourt le surcroît de surveillance résultant de leur domesticité personnelle. Toutefois le tribunal crut devoir réduire à

---

[1] T. 11, n° 255.

[2] *Pasicrisie*. Du reste, dans l'espèce il y avait faute de la part du voyageur.

[3] Mon *Comment. du louage*, n° 950.

1,200 fr. la valeur des objets soustraits. Martin et Cᵉ reproduisirent sur l'appel la théorie de Toullier. Mais, par arrêt de la quatrième chambre, le jugement de première instance fut maintenu, et cette décision me semble juridique.

Je comprends cependant que si un de ces voyageurs dont je viens de parler s'arrête par hasard dans un hôtel fréquenté par une clientèle inférieure, d'excellentes raisons puissent se présenter pour établir que l'hôte aurait dû recevoir un avis spécial d'augmenter sa surveillance. Cette auberge est servie par des domestiques dont la convoitise n'est pas excitée habituellement par ces riches objets d'un enlèvement si facile. Leur vertu, sûre et éprouvée dans leur service quotidien, est au niveau des devoirs qu'on exige d'eux. Mais si vous les soumettez tout d'un coup à ces grandes tentations, qu'ils n'ont pas encore connues, l'hôte est-il responsable d'un manquement qui tient de l'imprévu? Ne peut-il pas se plaindre de n'avoir pas été averti de l'épreuve à laquelle ses gens ont été exposés, et dont il aurait pu prévenir les suites? D'un autre côté, les issues de l'hôtel sont mal closes. Les portes des chambres à coucher ont de mauvaises serrures et les armoires ferment mal. C'en est assez cependant pour protéger le public que l'on loge habituellement, et qui n'y apporte que des choses d'un enlèvement difficile et trop vulgaires pour exciter au vol. Mais quand arrive un voyageur dont les mœurs opulentes vont si peu au régime de l'hôtel, quand il conduit ses riches effets dans cette pauvre auberge où rien n'est préparé pour en faire un lieu sûr en pareil cas, la prudence n'exige-t-elle pas de ce voyageur qu'il fasse connaître à l'hôte les circonstances, périlleuses en quelque sorte, qui doivent exciter de sa part un redoublement de surveillance? Et s'il y manque, n'est-ce pas une faute qui décharge l'hôte de toute responsabilité?

J'ai cherché à montrer par ces exemples comment la lettre de l'art. 1952 peut se concilier avec les tempéraments réclamés par le tribunat. Mais, je le répète, le principe est dans l'art. 1952. Il faut des circonstances exceptionnelles pour le faire fléchir.

226. La cour royale de Paris a eu la pensée d'un autre adoucissement à la rigueur, quelquefois trop grande, qui pourrait résulter d'une sèche application de l'art. 1952. Dans un arrêt du 21 novembre 1836 [1], elle décide que la responsabilité de l'hôtelier existe certainement sans déclaration, mais seulement pour l'argent que les voyageurs emportent pour les nécessités du voyage, et dont les aubergistes sont censés avoir consenti tacitement à se charger; mais si les sommes d'argent paraissent excéder les besoins présumés du voyage, il faut, suivant la cour, décharger l'aubergiste, à moins qu'il ne lui ait été donné connaissance des sommes apportées.

Je ne désapprouve pas, dans certains cas particuliers, cette manière de voir; elle est assez souvent équitable, et, en maintenant à l'art. 1952 sa juste autorité, elle fait la part légitime de circonstances de nature à être prises quelquefois en considération. Mais il ne faudrait pas en abuser par une application trop générale à tous les cas; et surtout il ne faudrait pas faire trop petite la part d'argent et d'effets précieux que le voyageur est dans la nécessité d'emporter avec lui. On consultera la condition des personnes, le temps du séjour, l'achalandage de l'hôtel, et autres circonstances dignes d'être prises en considération.

227. La responsabilité de l'hôtelier s'étend aux vols commis non-seulement dans l'hôtel même, mais encore dans les cours, étables, écuries, les lieux adjacents qui en dépendent ou qui sont naturellement placés sous sa surveillance [2].

Il a même été jugé par le tribunal de commerce de Reims et par la cour royale de Paris [3] que l'aubergiste est responsable des grosses marchandises que le voyageur est obligé de laisser chargées sur la voie publique, faute d'emplacement dans l'auberge pour les recevoir [4]. En général, cette solution est bonne; l'aubergiste, qui a intérêt à loger, est censé avoir consenti à surveiller les objets ainsi laissés forcément sur la voie publique; sans quoi, il est pro-

[1] Sirey, 37, 78.
[2] Arrêt du parlement de Paris du 14 août 1582, dans une espèce où l'on avait dérobé des effets chargés sur la charrette d'un voiturier laissée dans la cour de l'auberge. (Charondas, liv. 6, ch. 80. — Maynard, liv. 8, ch. 85.)
[3] 14 mai 1839. — Autre arrêt de Paris du 15 septembre 1808. *Pasicrisie*.
[4] *Junge* Duranton, t. 18, nº 85.

bable que le voyageur serait allé ailleurs.

Du reste, il faut consulter les circonstances. Ulpien décide que le batelier est responsable des marchandises qu'il a reçues sur le rivage et qui y ont été volées [1]; mais qu'à part cette circonstance de réception, il n'est pas responsable du vol commis *extra navem* [2]. Rien de plus raisonnable que cette décision. Mais on ne fait rien qui la contrarie, lorsque, dans l'espèce jugée à Reims, on applique l'art. 1952. On suppose que, d'après les circonstances, il y a eu réception par l'hôtelier et consentement à se charger de la surveillance.

228. L'art. 1952 s'étend aussi bien aux logeurs en garni qu'aux aubergistes et hôteliers [3].

229. Je pense même, avec Merlin, qu'il s'applique aux baigneurs publics, aux teneurs de billards et de cafés, aux restaurateurs [4]. « *Semper hoc legibus inesse credi » oportet, ut ad eas quoque personas et ad » eas res pertineant quæ quandoque similes » erunt* [5]. » Les raisons de décider sont absolument les mêmes que pour les aubergistes et hôteliers, et la nature des choses serait blessée si l'on mettait dans la jurisprudence une différence que la raison ne comporte pas. D'ailleurs les arrêts rendus en matière criminelle n'ont pas reculé devant des assimilations de cette nature [6]; les jugements des tribunaux civils ne sauraient être plus timides.

C'est pourquoi je n'hésiterai pas à rendre le baigneur public responsable de la perte d'une montre enlevée à la personne qui vient, sous la foi publique, prendre un bain dans son établissement.

Il est vrai que la question s'étant présentée en 1814 à la chambre civile de la cour de cassation, l'arrêt évita de se prononcer sur la question; car un moyen décisif tiré d'un autre ordre d'idées se présentait pour faire rejeter le pourvoi. Mais il ne faut rien conclure de ce silence. L'arrêt est resté neutre, voilà tout. Aucun préjugé n'ébranle notre opinion [7].

230. L'aubergiste, l'hôtelier et autres personnes qui sont soumises à la même responsabilité, sont garants du fait de leurs domestiques, gens de service et préposés [8].

231. Ils répondent même du fait des étrangers allant et venant dans l'établissement [9]. Vainement dira-t-on qu'ils ne sont pas maîtres de fermer leur hôtel aux voyageurs qu'ils ne connaissent pas, et que dès lors il semble dur de faire peser sur eux la responsabilité de personnes qu'ils n'ont pas choisies. Mais la confiance, qui fait la base de leur commerce, exige, dans leur propre intérêt, qu'ils donnent au public cette garantie. D'ailleurs, avec une surveillance exacte, il ne leur est pas difficile de prévenir les surprises. Pour que cette responsabilité ait lieu, il n'est pas nécessaire que les effets volés ou endommagés aient été remis entre les mains de l'aubergiste. L'art. 1952 repousse cette condition que Pothier exigeait dans l'ancienne jurisprudence [10]. Il suffit de l'apport dans l'hôtel. L'art. 1953 se lie à l'art. 1952.

232. On voit par là que le dépôt d'hôtellerie exige une vigilance plus grande que les autres dépôts simples, volontaires ou nécessaires.

La raison de cette aggravation de responsabilité vient de ce que, par la nature de son état, l'aubergiste s'offre lui-même pour recevoir le dépôt, et que d'ailleurs ce dépôt n'est pas uniquement dans l'intérêt du déposant, puisque le dépositaire en tire indirectement un profit [11].

233. Voyons maintenant quand cesse la responsabilité de l'hôtelier.

---

[1] L. 3, § 1, Dig., *nautæ, caup.*

[2] L. 7, Dig., *nautæ.*

[3] Arg. d'un arrêt des chambres réunies de la cour de cass. du 27 juin 1811, rendu sur l'art. 386, Code de proc. — *Voy.* surtout l'art. 2 de la loi du 25 mai 1838, qui attribue aux juges de paix, jusqu'à la valeur de 100 fr., les contestations entre hôteliers, aubergistes, *logeurs*, et les voyageurs et locataires en garni, pour pertes d'effets déposés dans l'auberge ou l'hôtel. (Merlin, *Répert.*, v° *Vol*, sect. 2, § 3, art. 4, p. 751. *Pasicrisie.* — Avis interprétatif du conseil d'État des et 4 10 oct. 1811. (Merlin, *loc. cit.*)

[4] *Questions de droit*, v° *Dépôt nécessaire. Pasicrisie.*

[5] L. 27, Dig., *de legib.*

[6] Merlin (*loc. cit.*).

[7] *Contra.* Duvergier, n° 522.

[8] Art. 1953. Ulp., l. 1, § 8, Dig., *nautæ.*

[9] Caius, l. 2, Dig., *nautæ.* « *Sicut et caupo viato- » rum.* » — Pothier, n° 78. La loi 1, § *fin.*, Dig., *de furtis. adv. naut.*, paraît contraire. Mais cette contradiction n'est qu'apparente : cette dernière loi ne traite que de l'action qui compétait en droit romain *ex maleficio* contre l'hôtelier ; tandis que Caius ne s'occupe que de l'action née du contrat de dépôt. (Favre, *Ration.* sur la loi 2, Dig., *nautæ.*)

[10] N° 79.

[11] Art. 1928, Code civ. — Caius, l. 5, Dig., *nautæ.* — Pothier, 77

Et d'abord, la perte par force majeure ne saurait lui être imputée [1]. Mais c'est à lui à prouver la force majeure. Dès l'instant que le voyageur a établi l'existence du dépôt, il faut que l'hôtelier le représente, ou prouve l'événement fortuit qui le dispense de le représenter.

Telle était aussi l'ancienne jurisprudence, ainsi que l'atteste Danty, et je ne conçois pas que l'excellent esprit de Pothier y ait vu des doutes [2].

234. Le vol commis par des personnes du dehors n'est pas par lui-même un cas de force majeure, car il laisse ordinairement supposer un défaut de prévoyance et de soin. Il ne prend le caractère de force majeure, suivant l'art. 1954, que lorsqu'il est accompagné de violence armée. C'est assez dire alors qu'il a fallu céder à une puissance supérieure, et que la surveillance la plus minutieuse n'y pouvait rien [3].

235. Mais assimilerons-nous à la force armée l'effraction? Non, et c'est ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Toulouse du 27 février 1584, dans une espèce où les voleurs avaient fait à la muraille un trou par lequel ils s'étaient introduits pour enlever les marchandises déposées par un voyageur dans une écurie fermée à clef [4]. L'hôtelier doit faire surveiller sa maison le jour et la nuit; quand sa garde est vigilante, elle ne peut laisser passer inaperçus des faits de rupture, démolition, escalade, etc., etc. C'est donc en connaissance de cause que l'art. 1954 n'a parlé que du vol commis à main armée. Il faut que l'hôtelier ait été vaincu par la force.

236. Notez que le vol accompagné de violence n'est un cas d'excuse qu'autant qu'il est commis par des personnes du dehors; mais s'il était commis par les gens de l'hôtel, ou par des étrangers reçus dans son sein et y allant et venant, le propriétaire de l'hôtel en serait responsable, car il est tenu envers le public, soit de ceux qu'il emploie, soit de ceux qu'il reçoit, et plus le crime de ces personnes est audacieux et coupable, plus il y a lieu à resserrer la responsabilité promise aux voyageurs.

237. Toutefois, si un maître, voyageant avec son domestique, était descendu dans un hôtel, et que ce domestique y eût volé son maître, je ne crois pas qu'il fût juste d'imputer à l'hôtelier la responsabilité de ce vol. Vainement s'attacherait-on à la lettre de l'art. 1953 pour soutenir que ce domestique étant du nombre des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie, l'aubergiste est garant de son fait. Cette responsabilité est effacée par celle du maître de ce domestique, qui ne doit s'en prendre qu'à lui-même de son mauvais choix, et qui est bien plus reprochable à cet égard que l'hôtelier. C'est ce qu'enseignent les anciens auteurs, d'après un arrêt des grands jours de Clermont, et la raison approuve cette distinction [5].

238. Ceci nous conduit à cette règle plus générale, à savoir, que l'hôtelier est déchargé toutes les fois que la faute du voyageur a contribué à la perte dont il se plaint.

Les anciens recueils d'arrêts sont remplis de décisions qui ont consacré cette vérité.

A l'appui du précepte, citons quelques exemples tirés de ces précieux dépôts de faits et de doctrines judiciaires.

Guillaume de Loran ayant prit gîte chez Jean Roel, aubergiste à l'Ile-en-Jourdain, est conduit par la servante dans une chambre donnant sur la rue. Arrive un voyageur mal habillé. L'hôte donne ordre de le mettre dans une chambre à part. Mais il demande à coucher dans la chambre de Loran, et ce dernier y consent, ce qui fait que la servante, supposant que les deux individus se connaissaient, ne suit pas les injonctions de son maître. Loran et l'autre voyageur se mettent donc ensemble dans le même lit. Vers minuit, Loran s'éveille; il ne trouve plus son compagnon auprès de lui, et s'aperçoit que ses habits et son épée ont disparu. Les fenêtres étaient ouvertes et le voleur y avait suspendu une nappe pour se sauver. Loran appelle au secours; mais l'homme était déjà bien loin, on ne put en avoir des nouvelles. Loran assigna Roel devant le juge de l'Ile-en-Jourdain pour le faire condamner à la restitution de ce qui lui avait été dérobé. Ce magistrat accueillit sa demande; mais, sur l'appel au parlement de Toulouse, l'hôte ayant représenté que Loran avait voulu que l'inconnu couchât avec lui, quoi-

[1] Ulp., l. 3, § 3, Dig., *nautæ*, art. 1954.
[2] N° 79.
[3] Grivel, *Décis.*, 49; arrêt du parlement de Dôle du 6 avril 1591.
[4] Maynard, n° 8, liv. 83.
[5] Papon., 23, l. 6, n° 4. — Brillon, v° *Dépôt*, n° 3. — Merlin, *Repert.*, v° *Hôtellerie*.

que la servante eût ordre de le mettre dans une autre chambre, fut déchargé, par arrêt du 22 janvier 1575, des condamnations contre lui prononcées [1].

Desrues, huissier à cheval au Châtelet de Paris, descend à Sezanne dans une auberge. L'hôtelier l'avertit de ne pas laisser son argent dans sa chambre, attendu qu'elle n'est pas assez bien fermée; néanmoins il ne suit pas ce conseil, et son argent lui est volé par Charlotte Pensard, servante de l'hôtellerie. Par arrêt du parlement de Paris du 27 août 1677, l'hôtelier fut déclaré irresponsable [2].

239. Voici un cas plus récent jugé par la cour de Douai.

Harris, joaillier de Londres, descendit à Boulogne-sur-Mer, chez Malbergue, aubergiste; il portait avec lui une grande quantité de bijoux. Au lieu de les enfermer avec soin dans un lieu sûr, il laissa 200 carats de diamants dans les poches de son gilet, et remit à Mézier, l'un des garçons de l'hôtel, ce vêtement, pêle-mêle avec d'autres qui devaient être nettoyés. Mézier vola 70 carats de diamants.

Harris intenta une action en réparation contre Malbergue. Mais, par arrêt du 19 août 1842 de la cour royale de Douai, il fut débouté de son action [3].

La cour pose en principe de droit que la responsabilité de l'hôtelier cesse s'il y a imprudence ou négligence de la part des voyageurs; et qu'en fait.. il est évident, entre autres circonstances énumérées dans l'arrêt [4], que Harris a commis une imprudence en laissant emporter un gilet contenant des valeurs considérables qu'on pouvait facilement soustraire, et qu'il aurait dû mettre sous clef.

240. La responsabilité de l'hôtelier cesse encore quand il a déclaré qu'il ne voulait pas se charger des risques de telles ou telles choses, et que le voyageur y a consenti. Ainsi le décide Ulpien dans la loi 7, § 1, Dig., *nautæ, caupones* : « *Item si prædixerit, ut* » *unusquisque vectorum res suas servet, neque* » *damnum se præstaturum, et consenserint* » *vectores prædictioni, non convenitur.* »

Néanmoins, je serais d'avis de dire avec Danty que ceci ne doit pas être reçu indistinctement. Car supposé que l'hôtellerie fût située sur un grand chemin, éloignée par des distances considérables de toute autre habitation : ce pourrait être une fraude de l'hôte qui a voulu abuser de l'impossibilité où était le voyageur d'aller loger ailleurs, et le livrer à des gens suspects ses affidés [5].

241. Dans les ports de mer et dans les villes frontières, où un grand concours d'étrangers de toute espèce et d'aventuriers inconnus expose à plus de dangers la responsabilité des hôteliers, il arrive souvent que ceux-ci, ne voulant pas être compromis par des vols de bijoux et autres objets précieux, font afficher dans les chambres de l'hôtel, dans les corridors, dans la salle à manger et autres lieux fréquentés par les voyageurs, l'avis imprimé que ceux qui ont des objets de cette nature doivent les leur remettre s'ils veulent qu'on en réponde. Cet avertissement ne doit pas être dédaigné; le juge pèsera les circonstances, et interrogera la qualité, l'état, la nationalité des personnes, etc., etc., pour décider si les voyageurs en ont eu connaissance, et si en méprisant un conseil prudent ils ne se seraient pas exposés par leur faute à un danger dont ils avaient été prévenus [6].

[1] Maynard, liv. 8, ch. 82. — Charondas, *Réponses*, liv. 7, ch. 172.
[2] *Journal des audiences*, t. 3, liv. 11, ch. 20. — Brillon, v° *Dépôt*. — Merlin, *Répert.*, v° *Hôtellerie*.
[3] *Voy.* le texte dans Devill., 42, 2, 422.
[4] Voy. *infra*, n° 241, une de ces circonstances.
[5] P. 83.
[6] Arrêt de la cour de Douai du 19 août 1842 (Devill., 42, 2, 422), affaire citée au n° 239.

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

PREMIÈRE SECTION.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SÉQUESTRE.

ARTICLE 1955.

Le séquestre est ou conventionnel ou judiciaire.

SOMMAIRE.

242. Du séquestre. Définition de ce contrat.
243. Exemples qui confirment la définition.
244. On appelle aussi *séquestre* la personne chargée de la chose séquestrée.
245. Le séquestre est un dépôt.
En quoi il en diffère. Renvoi.
246. Division du séquestre en conventionnel et judiciaire.

COMMENTAIRE.

242. Le séquestre est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, ayant une controverse sur la détention d'une chose, la déposent de leur consentement, ou par ordre de justice, entre les mains d'une troisième personne chargée de la garder et de la rendre suivant certaines conditions [1].

243. Par exemple, deux personnes ont un procès sur la propriété d'une somme d'argent. En attendant que la contestation soit décidée, elles donnent la garde de cette somme à une personne méritant confiance, qui la remettra à celui qui aura été déclaré propriétaire par le jugement.

Ou bien encore : deux personnes, dociles aux conseils de Titius, transigent et laissent l'acte de transaction entre ses mains, avec charge de le rendre à celle des deux parties qui aura accompli certaines obligations contenues dans cette transaction [2].

Ou bien enfin : deux plaideurs se disputent un immeuble, et la justice ordonne que, pendant le litige, la détention en sera donnée à une tierce personne.

Voilà ce que c'est que le séquestre.

244. On donne également le nom de séquestre à la personne préposée à la garde de l'objet séquestré [3]. Ce nom vient, dit-on, de ce que les parties ont suivi sa foi, *fidem sequuntur* [4], ou bien de ce que le séquestre suit en quelque sorte ceux qui ont le litige, *sequenti eos qui contendunt* [5]. Je ne garantis rien à l'égard de ces étymo-

[1] Doneau, sur la loi 5, C., *depositi*. — Pothier, 84.

[2] Valer. et Gall., l. 5, C., *depositi*.

[3] Modestin, l. 110. Dig., *de verb. signif.* — L. 5, § 1, Dig., *depositi*. — Paul, l. 6 et 7, Dig., *depositi*. — L. 18, Dig., *de præscript. verb.*, etc., etc.

« *Sequestro mihi data est.* »

Plaute, *Mercator*, act. 4, sc. 3.

« *Aut ad arbitrum reditur, aut sequestro ponitur.* »

Plaute, *Rudens*, act. 4, sc. 3.

« *Jam sequestri placebant.* »

Pétrone, *Satyric.*, c. 13.

Voy. Brisson, *De verb. signif.*, v° *Sequester*. Art. 2060, Code civ. ; 681, Code pén.

[4] Aulo-Gelle, lib. 20, c. 11.

[5] Modest., l. 110, Dig., *de verb. signif.*

logies, souvent plus ingénieuses que certaines, et dont nous avons vu plus d'une fois la base conjecturale.

245. Le contrat de séquestre est un vrai dépôt [1]. Il en a les conditions essentielles; il en a la fin juridique. Nous verrons tout à l'heure sous quels rapports il en diffère.

246. Le séquestre peut être conventionnel ou judiciaire. Le Code va s'occuper du séquestre conventionnel dans la section II de ce chapitre.

La section III sera consacrée au séquestre conventiounel et terminera le titre du dépôt.

DEUXIÈME SECTION.

DU SÉQUESTRE CONVENTIONNEL.

ARTICLE 1956.

Le séquestre conventionnel est le dépôt fait, par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers, qui s'oblige à la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir.

SOMMAIRE.

247. Définition du séquestre volontaire.
248. Le séquestre suppose l'existence d'une contestation entre les parties.
249. Il faut deux déposants au moins. Inadvertance de l'art. 1956.
250. En quoi il diffère du dépôt.
251. 1re *différence*, tirée du nombre des deposants.
252. 2e *différence*, tirée de la restitution.
253. 3e *différence*, tirée du droit du sequestre sur la chose déposée.
254. 4e *différence*, tirée des objets sur lesquels le séquestre peut porter.
255. 5e *différence*, tirée du droit du déposant de retirer la chose.
256. 6e *différence*, tirée de la gratuité. Renvoi.
257. Utilité du séquestre volontaire.
258. Condition nécessaire pour qu'il y ait séquestre volontaire. Exemple pris de dépôts faits à l'occasion d'un pari.
259. Quand et à quelle époque le séquestre doit rendre la chose.
260. Précaution du séquestre pour ne remettre la chose qu'à la personne légitime.
Exemple remarquable.

COMMENTAIRE.

247. La définition du séquestre conventionnel se trouve déjà dans ce que nous avons dit au n° 242. Seulement ce contrat n'a lieu que par le consentement des parties et abstraction faite de toute décision du juge : *Ex contendentium voluntate et conventione proficiscitur* [2].

248. Il suppose nécessairement une contestation sur une chose dont la propriété ou la possession est disputée par deux ou plusieurs personnes. C'est pourquoi Noodt disait : *Sequestratio est depositum rei, non cujusque, sed litigiosæ* [3].

249. Il suppose aussi la nécessité de deux déposants au moins [4], et c'est par une inadvertance singulière que l'art. 1956 dit qu'il peut être fait par *une* ou plusieurs personnes. Si le séquestre n'a lieu qu'en cas de contestation sur une chose, comment serait-il probable qu'une seule personne en ressentît l'utilité?

250. Nous avons dit au n° 245 que le sé-

[1] Paul, l. 6, Dig., *depositi*. — Favre, *Ration.* sur cette loi. — Florent., l. 17, Dig., *depositi*.
[2] Favre, *Ration.*, l. 6, Dig., *depositi*.
[3] *Depositi*, p. 286, col. 1.
[4] Florent., l. 17, Dig., *depositi*.

questre est au dépôt. Il est cependant quelques traits singuliers par lesquels le séquestre diffère du dépôt.

251. Le dépôt peut être fait par une seule personne. Le séquestre ne peut être fait que par plusieurs [1].

252. Dans le dépôt, lorsque plusieurs personnes déposent une chose matériellement divisible qui leur appartient en commun, le dépôt n'est pas pour chacune d'elles de la totalité de la chose, mais bien de sa part afférente. Aussi le dépositaire n'est-il tenu que de rendre à chacun sa part. Que si tous ont déposé une chose indivisible, la restitution ne peut être faite qu'entre les mains de tous les déposants réunis [2].

Dans le séquestre, au contraire, le dépôt est nécessairement fait *in solidum* par chacun [3], et il doit être rendu *in solidum* par le dépositaire à un seul taxativement, *uni certo*, comme dit Doneau, à celui qui a été désigné [4]; sans quoi on a contre lui une action *depositi*, qui porte le nom particulier d'*actio sequestraria* [5].

253. Dans le dépôt, la propriété et la possession restent sur la tête du déposant; dans le séquestre, au contraire, la possession peut passer sur la tête du séquestre, lorsque la convention est que nul des contendants ne possédera, que nul ne prescrira, mais que le séquestre sera possesseur [6]. Du reste, dans l'absence de convention, le séquestre n'est pas possesseur; il reste avec la qualité primitive de dépositaire qui conserve tous ses effets. C'est ce que Noodt a fort bien établi [7].

254. Le dépôt ne peut porter que sur des meubles. Le séquestre peut porter sur des immeubles. Cujas le niait [8]; il prétendait que ce qui était mis en séquestre, ce n'était pas le fonds de terre, le champ, la vigne, « *non fundi, non agri, non vineæ.* » mais les fruits de ces immeubles, afin d'empêcher leur dévastation ou leur indue perception par un possesseur de mauvaise foi : « *Sed » fructus agri, ne possessor agri eos fructus de» vastet et depopuletur.* » Mais la doctrine n'a pas ratifié cette opinion (art. 1959) [9].

255. Dans le dépôt, le déposant peut retirer la chose quand il lui plaît, alors même que le dépôt a été fait pour un certain temps; dans le séquestre, au contraire, il faut attendre l'événement auquel la remise a été subordonnée par le contrat [10].

256. Ces différences sont dignes d'attention. Nous verrons dans l'article suivant le législateur en relever une autre relative à la gratuité, et insister sur une nuance entre les habitudes du séquestre et la règle de l'article 1917 du Code civil [11].

257. Le séquestre volontaire est d'un usage assez fréquent et d'une grande utilité. Il est cependant moins commun que le dépôt.

258. Quoique le séquestre soit toujours fait en vue d'une controverse dont la décision est encore douteuse pour les parties, il ne faudra cependant pas prendre pour des séquestres conventionnels tous les dépôts dans lesquels se rencontrera un de ces débats qui tiennent les parties en suspens. Pour que l'on soit dans le cas du séquestre volontaire, il faudra la réunion de toutes les circonstances dont nous venons de voir le détail.

Ainsi, par exemple, on ne confondra pas avec le séquestre le dépôt que deux personnes font entre les mains d'une tierce personne de la chose qui est le prix de leur pari. Pierre et François, amateurs de chevaux, parient cent louis que Zéphire fera ou ne fera pas le tour de l'hippodrome en tant de minutes. Chacun dépose cette somme entre les mains de Joseph. Les cent louis que Pierre dépose ne sont pas déposés par François à titre de séquestre; de même, les cent louis déposés par François ne le sont pas par Pierre en vue d'un séquestre. Chacun dépose pour son compte personnel, et sans solidarité, une somme qui lui appartient exclusivement. Ce sont deux dépôts de deux sommes de cent louis. Il n'y a pas le dépôt d'une chose fait solidairement par deux ou

[1] Paul, *loc. cit.* — Cujas, lib. 2, *Pauli ad edict.*, sur la loi 6, Dig., *depositi.* — Pothier, n° 85.

[2] *Supra*, n° 113. — Cujas, *loc. cit.* — Doneau, *loc. cit.*, n° 3.

[3] Paul, *loc. cit.*, et Cujas.

[4] Cujas, *loc. cit.* — Doneau, *loc. cit.*

[5] L. 12, § 2, Dig., *depositi.* (Pomp.)

[6] Cujas, *loc. cit.*, d'après Florentinus. — L. 17, § 1, Dig., *depositi.* — Pothier, n° 86.

[7] *Depositi*, p. 285, 286. — *Junge* Voet, *Depositi*, n° 12.

[8] *Loc. cit.*

[9] Pothier, n° 87.

[10] L. 5 précitée, C., *depositi.* — Diocl. et Maxim., l. 6, Dig., *depositi.* — Et Doneau, n° 3, l. 5, § 2, Dig., *depositi.* — Pothier, n° 88.

[11] *Supra*, n°s 11 et 12.

plusieurs personnes, comme cela doit avoir lieu dans le séquestre. Il n'y a donc pas de séquestre [1].

259. Le dépositaire séquestre doit attendre pour remettre la chose que la contestation soit terminée, et il ne doit la rendre qu'à la personne qui a été jugée devoir l'obtenir : « *Ego servabo quasi sequestro detis; neutri* » *reddibo donec hæc res dijudicata fuerit* [2]. »

Nous verrons plus tard, par l'art. 1960, ce qui arrive quand le séquestre a des raisons pour se démettre avant cette époque.

Il est également certain que si les personnes intéressées au séquestre [3] s'entendaient pour le faire cesser, elles en auraient le droit : « Nihil tam naturaliter est, quam » unumquodque dissolvi eo modo quo col- » ligatum est [4]. »

A part ces circonstances exceptionnelles, le séquestre doit attendre la décision qui détermine la personne apte à recevoir.

260. Il semble que l'obligation de ne rendre que suivant une décision ou une sentence arbitrale, ou un jugement, doit préserver le séquestre des erreurs dans lesquelles le dépositaire ordinaire peut quelquefois tomber sur la personne capable de recevoir la remise du dépôt.

Néanmoins sa confiance ne doit pas être aveugle. Il faut qu'il vérifie avec soin la légitimité du jugement en vertu duquel la remise lui est demandée. L'art. 548 du Code de proc. civ. sera sa règle principale.

Par exemple, qu'arrivera-t-il si, ayant payé en vertu d'un jugement de première instance exécutoire par provision et nonobstant appel, ce jugement est réformé sur l'appel? Sera-t-il tenu de payer une seconde fois?

L'affirmative a été jugée par arrêt de la chambre des requêtes du 25 mai 1841, rendu à mon rapport et sur les conclusions de Delangle, avocat général. Cet arrêt est fondé sur ce que l'art. 548 l'emporte sur l'art. 135 du Code de proc. civ., qui concerne plutôt l'effet entre parties du jugement exécutoire par provision [5].

ARTICLE 1957.

Le séquestre peut être gratuit.

ARTICLE 1958.

Lorsqu'il est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, sauf les différences ci-après énoncées.

SOMMAIRE.

261. Le séquestre peut n'être pas gratuit.
262. Alors il rentre dans la classe du louage.
263. Suite.
264. Règles applicables quand il est gratuit.
265. Transition à l'article suivant.

COMMENTAIRE.

261. L'art. 1917 décide que le dépôt est essentiellement gratuit. S'il contient la stipulation d'un prix, il rentre dans le cas du louage.

[1] Cujas, sur la loi 6, Dig., *depositi*. (Lib. 2, *Pauli ad edict.*) — Il cite le pari de Cléopâtre et d'Antonine, rapporté *infra*, titre *du Jeu*, nº 79. — Ajoutons le fait suivant : Les élections au tribunat avaient donné lieu à Rome, en 699, à de nombreuses intrigues. Les candidats se déterminèrent à faire un compromis, et déposèrent entre les mains de Caton chacun 500,000 sesterces, avec convention que cette somme serait perdue pour ceux que Caton déclarerait coupables de brigues. (Cicéron, *ad Attic.*, 4, 15, éd. Panck., t. 19, p. 216.)

[2] Cujas cite ce passage de Plaute (*Aulularia*) dans son comment. précité de Paul.

[3] Sur le sens de ces mots, *intéressées*, etc., *infra*, nº 273.

[4] L. 35, Dig., *de reg. juris*.

[5] Devill., 41, 1, 497, a donné mes observations avant le texte de l'arrêt.

Au contraire, l'art. 1957 veut que le séquestre (qui est aussi un dépôt) puisse être gratuit. Mais si la gratuité est de l'essence du dépôt, et si le séquestre est un dépôt, comment pourra-t-il rester tel en étant dépouillé d'une des conditions essentielles de ce contrat?

262. La réponse est que l'art. 1957 n'est pas rédigé d'une manière assez précise. Le séquestre, lorsqu'il n'est pas gratuit, ne cesse pas moins que le dépôt de perdre son vrai caractère; il passe, comme le dépôt, dans la classe du louage [1].

263. Et alors on lui applique les dispositions de l'art. 1928, qui soumet le dépositaire salarié à une responsabilité plus étroite et plus sévère que le dépositaire gratuit.

264. Mais lorsque le séquestre est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, et n'en diffère que par les exceptions que nous avons détaillées ci-dessus [2].

265. L'une de ces exceptions reparaît dans l'article suivant.

ARTICLE 1959.

Le séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles.

SOMMAIRE.

266. Le séquestre peut avoir des immeubles pour objet. Controverse à cet égard dans l'ancien droit. Opinion de Cujas non adoptée par l'art. 1959.
267. Exemples de séquestres d'immeubles. Ils sont très-fréquents dans la jurisprudence du moyen âge.
268. Obligation du séquestre d'immeubles. Certains devoirs de sa fonction le rapprochent du mandataire.
269. Utilité de fixer d'avance les règles de sa gestion.

COMMENTAIRE.

266. Dans l'ancien droit, il y avait une controverse qui partageait les meilleurs esprits. Le séquestre peut-il avoir pour objet les immeubles? J'ai rappelé ci-dessus le sentiment de Cujas [3], fort prononcé pour la négative. Notre article, plus conforme à l'opinion commune, en dispose autrement. Quoique le séquestre soit un vrai dépôt, il revendique cependant, comme exception, le pouvoir de s'étendre aux immeubles. Les contestations dont les immeubles sont l'objet sont trop nombreuses et trop prolongées pour qu'on n'ait pas cru devoir faire jouir les plaideurs d'une faculté qui, sous la réserve des intérêts respectifs, est de nature à prévenir les voies de fait et à rendre les débats judiciaires moins âpres, moins ardents.

267. C'est surtout dans les procès du moyen âge que les séquestres d'immeubles étaient fréquents. On y voit à chaque instant des seigneuries importantes, des droits de fief considérables, de hautes prérogatives, attachés à la possession des terres privilégiées, placés sous la sauvegarde d'un séquestre en attendant l'issue des débats judiciaires, qui probablement sans cette sage précaution eussent allumé la guerre et fait couler le sang.

268. Le dépositaire séquestre d'un immeuble est assimilé au dépositaire d'un meuble, en ce sens qu'il ne peut s'en servir dans son propre intérêt. Mais sa fonction l'oblige à des actes conservatoires qui le rapprochent beaucoup de l'administrateur et du curateur donné aux biens [4]. Sous ce rapport, son office participe du mandat: il recueille les fruits, vend les choses périssables, renouvelle les baux, en cas de besoin [5], etc., etc. Anciennement, il était même reçu dans la pratique que lorsque l'on mettait sous le séquestre des biens auxquels étaient annexés

---

[1] Pothier, n° 90.
[2] N°s 250 et suiv.
[3] N° 254.
[4] Voet, *Depositi*, n° 13.
[5] *Id.*, *De curat. bonis dando*, n° 5. — Proudhon, sur l'art. 602, Code civ., t. 4, n° 837.

une juridiction patrimoniale ou un patronage ecclésiastique, le séquestre pouvait exercer ces deux droits [1].

269. Au surplus, il sera prudent de régler par l'acte de séquestre les fonctions et les droits du dépositaire [2].

ARTICLE 1960.

Le dépositaire chargé du séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime.

SOMMAIRE.

270. Le séquestre ne peut se démettre avant le temps.
271. 1re *exception* à cette règle.
272. 2e *exception*.
273. Que doit-on entendre dans l'art. 1960 par les *parties intéressées?* Discussion au conseil d'État sur cette question. Solution.
274. Suite.

COMMENTAIRE.

270. J'ai dit au n° 178 qu'en règle générale le dépositaire a le droit de se démettre du dépôt, s'il a de justes motifs.

En est-il de même du séquestre ?

Le jurisconsulte Ulpien se pose cette question dans la loi 5, § 2, D., *depositi*. Et voici comment il la résout : « *Plerumque* » *non est permittendum officium, quod semel* » *suscepit, contra legem depositionis, depo-* » *nere, nisi justissima causa interveniente,* » *et cum permittitur.* »

Quelle est, en effet, la loi du contrat ? c'est de garder la chose jusqu'après la contestation terminée (art. 1956). Il y a donc, dans le contrat de séquestre, un terme toujours convenu, quoique presque toujours sous-entendu. Or, en règle générale, il n'est pas permis de discéder d'une convention portant précisément sur un cas déterminé. *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* Mieux vaudrait ne pas se charger du séquestre que de s'en démettre avant le temps [3].

271. Cependant, deux exceptions sont admises. La première a lieu si le séquestre propose une cause légitime d'excuse. Il ne faut pas enchaîner un homme à des fonctions qu'il ne peut remplir sans un trop grand dommage pour ses intérêts. C'est au juge, en cas de contestation, à examiner la légitimité de sa démission et à en décider [4].

272. La seconde a lieu lorsque toutes les parties intéressées consentent à décharger le séquestre avant la contestation terminée [5]. Nous disons, avec le texte de l'article 1960, *toutes les parties intéressées.* Le consentement de quelques-unes d'entre elles ne suffirait pas. On le sait, en effet : le séquestre est un dépôt fait *in solidum* et pour le tout par chacun des déposants. Chacun doit donc concourir à le défaire. « *Nihil* » *tam naturale est quam unumquodque dis-* » *solvi eo modo quo colligatum est* [6]. »

273. Mais quelle signification s'attache à ces expressions de l'art. 1960, *les parties intéressées ?* Sont-ce les personnes qui ont choisi le séquestre, *hi qui eum elegerunt,* comme disait Pomponius, cité par Ulpien dans la loi 5, § 2, D., *depositi ?* Ou bien sont-ce ceux-là qui figurent au procès auquel donne lieu la chose mise en séquestre, et qui, étrangers à ce procès dans l'origine, peuvent plus tard y avoir été introduits ?

Cette question fut soulevée au conseil d'État par Regnauld. « Par exemple, di- » sait-il, trois héritiers ont consenti qu'un » bien sur lequel ils sont en contestation

[1] Arg. du ch. *Ne pro defectu,* 42, *Extravag. de elect.* — Wissembach (*ad Pand.*) (*Depositi,* n° 21). — Voet, n° 13.

[2] Proudhon, t. 2, n° 837.

[3] Favre, *Ration.*, sur cette loi.

[4] Art. 1960.

[5] *Id.*

[6] L. 35, Dig., *de reg. juris.*

» demeure en séquestre entre les mains de » l'un d'eux ; dans la suite, un *quatrième* » *héritier se présente*. Le séquestre peut-il » être levé par le consentement des trois » qui l'ont établi, ou faudrait-il nécessaire- » ment le concours du quatrième [1] ?

Les opinions se partagèrent et la discussion fut vive, prolongée, et souvent obscure.

Aussitôt après que la question de Regnauld eut été posée, Treilhard s'empressa de répondre que le gardien n'était pas obligé envers ce quatrième héritier qui se présentait [2]. Dès l'abord, donc, il donnait la préférence au *qui eum elegerunt* de Pomponius. Il mettait à l'écart le quatrième héritier qui n'avait pas concouru à l'élection.

Bientôt cependant Treilhard parut reconnaître qu'il avait été trop loin; il accorda que si ce quatrième héritier était en cause, il devenait partie intéressée, et que son consentement était nécessaire ; mais que s'il n'était pas partie au procès, comme il n'était pas connu juridiquement, son consentement était inutile.

Tronchet [3] et Regnauld [4] soutinrent, au contraire, que le séquestre n'était obligé qu'envers ceux qui l'avaient nommé, et qu'il n'était pas tenu de régler sa conduite sur l'intérêt d'un tiers avec lequel il n'avait pas contracté ; que le quatrième héritier était pour lui une personne étrangère, à moins qu'il ne se fût fait connaître par une opposition.

Portalis [5] pensa aussi qu'on ne peut considérer comme parties intéressées que les personnes qui ont confié leur intérêt au dépositaire et qui l'ont déduit en justice.

Tronchet insista de nouveau pour faire décider que le dépositaire serait déchargé par le consentement de ceux qui avaient établi le séquestre, tant que d'autres ne se seraient pas déclarés. Il ajouta : « Si des » tiers se font connaître, il faudra le con- » cours de leur consentement pour assurer » la décharge du dépositaire [6]. »

Mais quel était le sens de ceci ? Était-ce se faire connaître à la manière de Treilhard, c'est-à-dire en intervenant au procès; procès où le séquestre n'est pas partie, et dont il peut ignorer les phases et les incidents ? Ou bien était-ce se faire connaître par une opposition, comme Tronchet l'avait exigé précédemment?

Cambacérès, qui présidait la séance, prit plusieurs fois la parole dans le cours de la discussion. Quel fut son avis? Une fois, il sembla reconnaître que les tiers intéressés devraient former opposition entre les mains du dépositaire séquestre [7]. Mais presque toujours on le voit confondre les situations [8], et faire dévier la discussion au lieu de la diriger.

Ce qu'il y a de sûr, c'est que, dans l'exposé des motifs, Réal a déclaré positivement que la disposition de l'art. 1960 « ne » se borne pas aux seules personnes qui ont » constitué le séquestre, mais qu'elle doit » s'étendre à toutes celles qui, par leur » intervention au litige, ont manifesté des » prétentions capables d'exiger leur con- » cours lors de la remise de l'objet séques- » tré [9]. »

Cette manifestation de la pensée du conseil d'État est trop positive pour être méconnue. On peut même dire qu'elle ne manque pas de sagesse; si le seul concours des personnes qui ont fait le dépôt est suffisant dans les cas les plus ordinaires et les plus fréquents, il peut cependant ne pas offrir toutes les garanties, lorsque la contestation a été jusqu'à un procès en forme, et que le litige a fait naître l'intervention de tiers qui ont intérêt à ce que la chose ne passe pas dans les mains de leurs adversaires. Le séquestre ignorera rarement et la marche de l'affaire, et les complications qu'elle a amenées, et les nouveaux intérêts qui y jouent un rôle. Il devra y avoir égard.

274. Je l'excuserais cependant s'il avait eu juste sujet d'ignorer l'état des choses, et si le tiers intervenant l'avait laissé dans son erreur en négligeant de lui faire signifier une opposition [10].

[1] Fenet, t. 14, p. 687. Locré, t. 15, p. 109.
[2] *Id.*, p. 109.
[3] *Id.*, p. 110.
[4] *Id.*, p. 111.
[5] *Id.*
[6] *Id.*, p. 112.

[7] Fenet, p. 490 ; et Locré, p. 112.
[8] *Voy.* un exemple *infra*, n° 276.
[9] Fenet, t. 14, p. 508. Locré, t. 15, p. 127.
[10] Voy. *supra*, n°s 70 et 153, les lois romaines qui, dans des cas pareils, sont venues au secours du dépositaire de bonne foi.

TROISIÈME SECTION.

DU SÉQUESTRE OU DÉPÔT JUDICIAIRE [1].

ARTICLE 1961.

La justice peut ordonner le séquestre,

1° Des meubles saisis sur un débiteur;

2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes;

3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

ARTICLE 1962.

L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter pour la conservation des effets saisis les soins d'un bon père de famille.

Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de mainlevée de la saisie.

L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi.

ARTICLE 1963.

Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge.

Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel.

SOMMAIRE.

275. Transition. Du séquestre judiciaire et du dépôt judiciaire. Différence de ces deux combinaisons.
276. Différence entre le séquestre conventionnel et le séquestre judiciaire.
    Erreur professée au conseil d'État par Cambacérès.
    Cas de séquestres ou dépôts judiciaires énumérés par l'art. 1961, Code civ.
277. 1er cas. Du dépôt judiciaire au cas de saisie de meubles. Le nom de séquestre ne lui appartient pas, à proprement parler.
278. Le dépôt se fait au nom du saisissant, lequel, dès lors, est censé avoir contracté avec le gardien.
279. Par qui le gardien est-il nommé? Du gardien constitué par l'huissier sur la présentation de la partie saisie.
280. Étendue de la responsabilité du gardien. Est-il tenu à quelque chose de plus que la faute lourde?
281. Du cas où c'est l'huissier qui nomme et établit le gardien.
282. Caractère de ce gardien. Mélange de louage d'ouvrages. Salaire.
283. De la contrainte par corps à laquelle est soumis le gardien.
284. Autre peine s'il manque à ses devoirs.
285. Conditions de capacité. De la femme mariée.
286. Quand le gardien est-il déchargé?
287. 2e *cas*. Du séquestre ou dépôt ordonné par justice en cas de litige.
288. Usage fréquent de ce genre de séquestre au moyen âge. Historique.
289. Suite.

---

[1] *Voy* le décret de Gratien, *De sequest. possess. et fructuum*, 2, q. 6, c. 26. — *Extravag.*, 2, 17. *Clem.*, 2, 6. — Jacob de Arena, *De sequest.* — Caccialupus, *De debit. fugit.*

290. Suite. — Cas où la prudence des juges doit en faire usage.
291. Du choix du séquestre.
292 Différence entre le séquestre judiciaire et la *récréance*.
293. Le séquestre ne peut-il être ordonné que lorsque la chose est contentieuse? Peut-il être ordonné par le juge par mesure conservatoire?
Opinion affirmative de Delvincourt.
294. Réfutation.
Comparaison de la loi nouvelle avec l'ordonnance de 1667.
295. Examen d'un arrêt de la cour de Bourges. Défense de cet arrêt contre Zachariæ.
296. Exemples de litiges de nature à motiver le séquestre judiciaire. Action en rescision de la vente; action en résolution.
297. Cas exceptionnels où le séquestre a lieu sans qu'il y ait litige sur la propriété de la chose ou sur la possession.
298. Exemple tiré de l'art. 681, Code proc. civ.
299. Exemple tiré de l'art. 602 du même Code.
300. Exemple tiré de l'art. 465 du même Code.
301. 3e *cas*. Dépôt judiciaire des choses offertes par un débiteur pour sa libération.

COMMENTAIRE.

275. Après le séquestre conventionnel, fruit de la libre volonté des parties, vient le séquestre judiciaire, ainsi nommé parce que le juge l'ordonne de son autorité, par mesure de prudence ou de conservation.

Il est à remarquer que la section que nous allons expliquer ne parle pas seulement du séquestre judicaire; elle est encore intitulée *Du dépôt judiciaire*. Or, entre le séquestre judiciaire et le dépôt judiciaire, il y a la même différence qu'entre le séquestre volontaire et le dépôt volontaire. Le premier est une espèce, le second est le genre [1]. Le séquestre judiciaire suppose, dans l'exactitude du mot, que la chose mise en dépôt par autorité de justice est litigieuse. Le dépôt judiciaire a lieu sans cette circonstance caractéristique et spéciale. Il suffit qu'une chose quelconque soit placée par ordre du juge ou d'un officier de justice sous la main d'un dépositaire public ou privé [2]. Néanmoins, il arrive quelquefois que l'on appelle séquestres de purs dépôts judiciaires [3].

276. Maintenant, insistons sur la condition requise pour qu'un dépôt ou un séquestre soit judiciaire. Cambacérès a répété à plusieurs reprises, dans une discussion dont nous avons parlé au n° 273, que la différence entre le séquestre judiciaire et le séquestre conventionnel consiste en ce que dans le séquestre conventionnel le dépositaire est choisi par les parties, tandis que le séquestre judiciaire est nommé par le juge [4]. C'est une erreur. L'art. 1963 porte en toutes lettres que le séquestre judiciaire peut être nommé par les parties. Quelle est donc la raison de cette différence? La voici. C'est que les dépôts judiciaires sont ordonnés ou établis par le juge ou un officier de justice, sauf aux parties à s'entendre sur la personne du dépositaire; tandis que le séquestre conventionnel est un effet de la volonté libre des contractants.

L'art. 1961 énumère trois cas dans lesquels il y a séquestre ou dépôt judiciaire. Après les avoir étudiés, nous verrons s'ils sont limitatifs ou indicatifs.

277. 1° Le premier cas envisagé par notre article est celui d'une saisie de meubles sur le débiteur. Dans toute saisie de meubles un gardien est nécessaire (art. 596, 597, 598); et comme ce gardien est établi par l'huissier, qui est un officier de justice, le dépôt devient dépôt judiciaire [5]. Le gardien est censé le recevoir des mains de la justice, qui s'est étendue sur les effets saisis.

Cette espèce de dépôt est appelée séquestre par notre article. Mais le mot séquestre est pris ici dans le sens impropre que nous signalions au n° 275. Car on ne peut pas dire que ce soit un séquestre dans la pureté de l'idée qui s'attache à ce genre d'agissement. Aussi Pothier lui a-t-il plutôt donné le nom de dépôt judiciaire que celui de séquestre, bien que d'autres n'hésitent pas à appeler séquestre le dépôt d'une chose mobilière saisie [6]. De quoi s'agit-il, en effet? D'un litige sur la possession ou la propriété? Non, rien de tout cela n'est contesté. Le saisi est propriétaire, il possède, il détient jusqu'au jour de la vente [7]. *Main de justice ne dessaisit personne* [8], comme dit un célèbre

[1] Art. 1916.
[2] Duvergier, n° 536.
[3] *Infra*, nos 277, 297 et suiv.
[4] Fenet, t. 14, p. 491. Locré, t. 15, p. 115.
[5] Pothier, n° 91.
[6] Brillon, v° *Sequestre*.
[7] Pothier, n° 95.
[8] Loisel, *Inst. cout.*, liv 5, tit. 4, n° 30. — Dumou-

proverbe judiciaire. Mais on procède à une exécution ; la justice est intervenue pour en diriger la marche ; et, en attendant l'accomplissement de certaines formalités, elle donne à un tiers la garde des effets qui sont le gage du payement.

278. Quoi qu'il en soit, c'est au nom du saisissant que la justice fait ce dépôt ; dès lors le saisissant est censé avoir contracté avec le gardien, et le gardien avec le saisissant (art. 1962 du Code civ.). Le premier est tenu à l'égard du second de toutes les obligations énoncées par les art. 1947 et 1948 ; le second est tenu envers le premier des obligations dont les art. 1927 et suiv. donnent le détail [1].

279. Mais qui nomme ce gardien ? Quand le saisi veut éviter les frais, il présente à l'huissier une personne solvable qui exerce gratuitement les fonctions de dépositaire. L'huissier le constitue et le déclare tel, tant au nom de la justice que de la partie saisissante (art. 597 du Code de proc. civ.).

Dans ce cas, le dépôt est censé fait tout à la fois par le saisissant et par le saisi : le dépositaire contracte envers le premier l'obligation de représenter la chose si la saisie sort à effet [2] ; il contracte la même obligation envers le second si la justice ordonne la mainlevée de la saisie [3]. Dans ce cas, le dépôt participe du séquestre [4]. Il est fait *in solidum* par deux personnes, au moins, à une troisième chargée de le rendre pour le tout à celui des déposants qui, par l'événement, sera jugé devoir l'obtenir.

280. Puisque le gardien, ainsi présenté par le saisi, ne reçoit pas de salaire, on serait tenté de croire qu'il n'est tenu que de son dol ou de sa faute lourde. Cela n'est vrai cependant qu'entre le dépositaire et le saisi qui l'a nommé. Mais, à l'égard du saisissant, il faut dire qu'il demeure obligé aussi rigoureusement que s'il recevait un salaire. Pothier en donne une raison décisive [5]. Si le saisissant a accepté le dépositaire qui lui a été offert pour éviter les frais, cela ne saurait préjudicier au droit qu'il avait de préposer un garde salarié, qui aurait été tenu plus sévèrement. C'est pourquoi l'art. 1962, après avoir mis le gardien en présence du saisissant, décide, d'une manière générale, qu'il est tenu, pour la conservation des effets saisis, des soins du bon père de famille.

281. Nous venons de définir le cas où c'est le saisi qui a nommé et fait agréer le gardien.

Mais si son gardien n'est pas solvable, ou s'il n'est pas de la qualité requise, c'est l'huissier qui l'établit (art. 597 du Code de proc. civ.). Dans ce cas, le contrat de dépôt n'est censé intervenir qu'entre le saisissant représenté par l'huissier et le dépositaire nommé par celui-ci : le saisi n'y est pas partie ; il est *penitus extraneus*.

Il est vrai qu'en cas de mainlevée, le gardien pourra être poursuivi par le saisi pour la représentation des choses saisies [6] ; mais ce n'est que par action oblique, et *celeritate conjungendarum actionum*, à cause de l'obligation contractée par le dépositaire d'acquitter le saisissant envers le saisi [7].

282. Le gardien commis par justice est salarié ; dès lors le contrat intervenu avec lui tient plutôt du louage d'ouvrages que du dépôt proprement dit [8]. Le saisissant contracte l'obligation de lui payer le salaire fixé par la loi [9].

283. Au surplus, quelle que soit l'origine de la nomination du gardien, qu'il ait été présenté par le saisi, ou commis d'office par l'huissier, il est contraignable par corps pour la représentation des effets saisis, pour la restitution des fruits, pour le payement des dommages et intérêts [10].

284. Il peut aussi être privé de ses frais de garde s'il se sert des choses saisies, les prête, ou les loue [11].

285. Le gardien doit réunir les conditions de capacité requises par l'art. 1925 du Code civ.

Bien plus, le saisi ne pourrait présenter, et l'huissier ne pourrait nommer d'office, une femme mariée, même avec l'autorisation de son mari. La raison en est que les femmes mariées ne sont pas contraignables par corps, si ce n'est dans le cas de stel-

lin, *sur Paris*, t. 1, § 1, glose 4, n° 21 : « *Manus regis » vel judicis non privat aliquem possessione sua.* »

[1] *Junge* art. 603 et 604, Code de proc. civ.
[2] Art. 1962.
[3] *Id.*
[4] Pothier, n°s 95 et 96.
[5] N° 96.
[6] Art. 1962.
[7] Pothier, n°s 92 et 95.
[8] *Id.*, n° 94.
[9] Art. 1862.
[10] Art. 2060, Code civ. ; 603, Code de proc. civ. — Pothier, n° 97.
[11] Art. 603, Code de proc. civ.

lionat [1], et qu'on ne peut par ce moyen d'exécution préjudicier à l'autorité du mari, qui, comme disent les anciens jurisconsultes, *est maître et seigneur du corps de sa femme* [2], « *solus corporis habet potestatem* [3]. » Aussi de nombreux arrêts de règlement ont-ils défendu aux huissiers de laisser aucun bien en garde à des femmes mariées [4].

286. Le gardien est déchargé : 1° par la remise qu'il fait, soit au saisissant, soit au saisi, suivant l'opportunité des circonstances ; 2° par la force majeure qui, sans sa faute, fait périr les objets saisis; 3° par un jugement qui l'autorise à se démettre dans les cas prévus par l'art. 605 du Code de proc. civ.

287. § 2. Le deuxième cas de dépôt judiciaire envisagé par notre article est celui où la justice ordonne de mettre sous le séquestre un immeuble ou une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes.

C'est là, à proprement parler, le cas du séquestre judiciaire.

« Quand les preuves des possessions sont » incertaines (disent les règles de notre an- » cien droit français), ou y a crainte que » l'on ne vienne aux mains, la complainte » est fournie et les *choses contentieuses sé- » questrées* [5].

» Séquestre garde ; et la main de justice ne » dessaisit et ne préjudicie à personne [6]. »

288. D'après le droit du moyen âge, à cette rude époque où la force dominait la société et où les querelles des particuliers se vidaient les armes à la main, la justice avait introduit un usage protecteur de la paix publique : c'était de mettre avant tout sous la main du roi la chose sur laquelle il y avait débat [7]. Par cela seul qu'il y avait contestation, il y avait nécessairement séquestre [8].

289. Vers le milieu du XVI[e] siècle, l'empire de la force avait cessé; la France obéissait aux lois, et le parlement crut pouvoir abolir sans inconvénient une formalité de procédure qu'une société régulière rendait inutile. Le séquestre judiciaire resta cependant, mais comme remède subordonné aux circonstances et dont le juge ne devait user qu'en connaissance de cause.

290. L'art. 1961 a maintenu ce droit; il l'abandonne à la discrétion du magistrat [9].

C'est surtout lorsqu'il y a des craintes sérieuses de voir les parties en venir aux mains que la justice y a recours [10].

On l'ordonne aussi quelquefois en matière de succession, lorsque les contestations paraissent de nature à retarder longtemps la liquidation [11].

291. La personne entre les mains de laquelle s'effectue le séquestre ordonné par justice doit être choisie par les parties intéressées; sinon, le juge la nomme d'office [12], et alors c'est plutôt un quasi-contrat de séquestre qu'un séquestre proprement dit [13].

Dans tous les cas, ses obligations sont celles du séquestre conventionnel.

292. Il ne faut pas confondre avec le séquestre judiciaire la récréance, dont nous avons traité dans notre *Commentaire de la prescription* [14]. Le séquestre ne donne que la garde de la chose à une tierce personne. La récréance donne à l'une des parties une possession provisionnelle pendant le procès au pétitoire [15].

293. Nous disions tout à l'heure que le séquestre judiciaire est abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge lorsque la propriété ou la possession de la chose est litigieuse. C'est en effet ce que porte le texte de notre article [16].

Mais ce texte est-il limitatif ou démonstratif? Le séquestre judiciaire n'est-il possible que lorsque la chose est réellement

[1] Art. 2066, Code civ.
[2] Brodeau, *sur Louet*, lettre F, somm. 11, n[os] 4 et 5.
[3] Louet, *loc. cit.*
[4] *Id.*
[5] Loisel, liv. 5, tit. 4, n° 29.
[6] *Id.*, n° 30. — Dumoulin, *sur Paris*, § 1, glose 4, n° 21.
[7] *Grand coutumier*, liv. 2, ch. 21, p. 146.
[8] Henrion de Pansey, *Compét. des juges de paix*, ch. 48. Imbert, ch. 16.
[9] Arrêt de la cour de cass. du 28 avril 1813. (Dalloz, *Act. possess.*, p. 283.
[10] Loisel, *supra*. — Guy-Pape, p. 307.
[11] Pothier, n° 98. — Bouvot, t. 2, v° *Saisie*, q. 59.
[12] Art. 1963.
[13] Pothier, n° 98.
[14] T. 1, n[os] 329, 330.
[15] Pothier, *Possession*, 103. — Henrion, *loc. cit.*
[16] Le séquestre d'une propriété, étant une mesure extrême qui prive le propriétaire, pour un temps indéterminé, de l'exercice et de la jouissance de ses droits, ne doit être prononcé par le juge que dans des cas très-graves, tels que celui où la propriété étant contestée, son exercice pourrait présenter du danger et des chances telles que le dommage deviendrait irréparable. (Liége, 17 juill. 1833. *J. de Br.*, 1833, p. 491.) *Voy.* Dalloz, t. 9, p. 84.

contentieuse quant à la propriété ou à la possession? Et le juge doit-il s'interdire de l'ordonner alors que cette circonstance ne se rencontre pas?

L'ordonnance de 1667 tranchait cette question par une disposition générale que n'ont reproduite ni le Code civil ni le Code de procédure civile. « Les séquestres pourront être ordonnés... d'office, en cas que les juges estiment *qu'il y ait nécessité* de le faire [1]. »

Toutefois Delvincourt veut que la loi nouvelle n'ait pas parlé *restrictive* [2], et que le magistrat puisse ordonner le séquestre, non-seulement dans les cas énoncés, mais toutes les fois qu'il le juge convenable pour la sûreté des parties et la bonne décision de la cause [3].

294. C'est aller trop loin; ce n'est pas sans dessein, à mon avis, que la législation moderne s'est écartée de l'ordonnance de 1667. Le juge n'est pas maître de priver arbitrairement une partie des avantages que lui assurent et sa possession et son titre apparent [4]. Il ne le peut qu'autant que l'on rentre dans les cas prévus par le deuxième paragraphe de l'art. 1961, c'est-à-dire lorsque le litige porte sur des intérêts qui se lient à la propriété ou à la possession de l'immeuble, et que la jouissance de l'une des parties peut sérieusement compromettre.

295. Il est vrai que l'opinion de Delvincourt semble, au premier coup d'œil, avoir pour elle l'autorité d'un arrêt de la cour de Bourges du 8 mars 1822 [5], dans lequel les considérants posent en principe que le séquestre est une mesure conservatrice, dont les tribunaux ont le droit d'user avec une latitude illimitée lorsque l'intérêt des parties l'exige; que ce droit, consacré par l'ordonnance de 1667, n'a pas été restreint par l'art. 1961, lequel n'a voulu que donner un exemple et non pas apporter des entraves à ce principe d'équité.

Mais si l'on veut faire attention aux faits de la cause, on acquerra la conviction que le débat portait sur un véritable litige de nature à influencer les droits prétendus sur l'immeuble par le possesseur.

En fait, de Lachaussade fils avait réuni sur sa tête toutes les parts d'un immeuble provenant de la succession de son père; un quart lui appartenait comme héritier; il avait acheté un second quart de sa sœur;

Un huitième, d'un autre de ses cohéritiers;

Trois huitièmes, du gouvernement représentant un autre de ses cohéritiers, émigré.

Cette propriété était grevée d'hypothèques, tant du chef du père que du chef du fils. Ce dernier la vend à Diégo Ditmer.

Un ordre s'ouvre; mais, avant qu'il ne soit conduit à fin, l'acquéreur tombe en déconfiture. Il consent lui-même des hypothèques, et cède l'immeuble en question à titre d'antichrèse à un sieur Bruneau. Bientôt il meurt, et Bruneau est nommé curateur à sa succession vacante.

Une contestation s'engage.

D'une part, les cohéritiers de Lachaussade et les créanciers hypothécaires; de l'autre, Bruneau, antichrésiste. Les premiers demandent que l'immeuble soit séquestré.

Voici leur système :

D'abord, la sœur venderesse d'un premier quart, qui avait fait prononcer la rescision de sa vente par arrêt de la cour royale de Paris du 13 janvier 1821, soutenait que cette rescision replaçait l'immeuble dans un état d'indivision qui ne devait cesser que par un partage régulier et définitif. Le séquestre doit donc s'ensuivre, disait-elle, et Bruneau ne peut s'en plaindre, puisque son acheteur n'a rien payé.

D'un autre côté, le vendeur du huitième alléguait le dol et la fraude qui avait présidé à son acte de vente.

De plus, le cohéritier ci-devant émigré soutenait qu'il avait des droits à prétendre sur l'héritage.

Enfin, les créanciers hypothécaires prenaient les mêmes conclusions à fin de séquestre, représentant qu'ils n'étaient pas payés par le détenteur, qui, à titre d'antichrèse, percevait tous les revenus.

Contre cette coalition d'intérêts, que disait Bruneau?

L'art. 1961, § 2, n'autorise le séquestre

---

[1] Tit. 19, art. 2.
[2] T. 3, p. 436, notes.
[3] Il invoque Rodier sur l'art. 1er, tit. 19, ord. de 1667.
[4] Arg. de ce que dit Voet, *Depositi*, n° 14. — La disposition de l'art. 1961 est générale et ne cesse pas bien que l'une des parties soit munie d'un titre authentique et prétende que provision lui est due. (Br., 2 sept. 1831. Rejet, 10 mars 1814.)
[5] Dalloz, *Dépot*, p. 90.

que lorsqu'il y a litige sur la propriété ou la possession. Or, ni la propriété, ni la possession de l'immeuble ne sont litigieux. Point de contestation sur *le fond du droit*. L'action en rescision n'a pas pour fin nécessaire de rendre l'immeuble litigieux. L'acquéreur a l'option de payer le supplément de prix; c'est ce qu'il a fait dans l'espèce, et par là le droit des demandeurs en rescision se trouve converti en une simple créance privilégiée. Ainsi, rien ne rend la propriété litigieuse. La contestation n'a pas pour but la propriété de la chose, mais la constatation de l'insuffisance du prix et un supplément de prix.

Quant aux créanciers hypothécaires, comment la propriété serait-elle litigieuse? Depuis quand un créancier hypothécaire peut-il demander le séquestre de l'immeuble non saisi, sur lequel s'étend son droit? N'a-t-il pas le droit de suite qui doit lui suffire?

A l'égard du créancier ci-devant émigré, tout a été liquidé avec lui, il n'a aucun litige à élever sur la propriété dont sa part a été définitivement et légalement aliénée.

C'est dans ces circonstances qu'intervint la décision des premiers juges et de la cour royale; le séquestre fut ordonné en première instance et en appel.

La cour royale, dont l'arrêt est motivé avec d'utiles détails, examine toutes les situations et les hypothèses, et les décide contre Bruneau.

En ce qui concerne les cohéritiers dont l'action est fondée sur la rescision de la vente pour lésion d'outre moitié, la cour établit que la rescision a pour objet d'obtenir la chose même et non le supplément de prix; que le fonds seul est *in obligatione*, que le supplément n'est qu'*in facultate solutionis;*

Que ce supplément, dans l'espèce, n'est pas payé, et que dès lors l'option laissée à l'acquéreur par l'art. 1681 du Code civil s'évanouit. Ainsi, il est décidé par là que le litige affecte la propriété de l'immeuble aussi bien que la possession prétendue par l'antichrésiste. Rien n'est plus évident.

La cour ajoute que ces raisons acquièrent plus de gravité en ce qui concerne le cohéritier qui attaque la vente pour dol et fraude; car cette action met en question la propriété même, et ne laisse pas même à l'acquéreur la ressource de l'option accordée par l'article 1681;

Que le cohéritier émigré, en prétendant qu'il a des droits plus considérables que ceux dont la vente administrative l'a dépouillé, élève également un litige qui atteint l'immeuble.

Quant aux créanciers, ils n'ont pour gage que l'immeuble et ses fruits. Or, l'antichrèse les en prive; et, dès lors, ils ont le plus grand intérêt à obtenir le séquestre, afin que lorsque leurs droits seront réglés, ils ne trouvent pas les fruits consommés.

Cet arrêt me semble donc suffisamment légitimé par la gravité des circonstances du procès.

Zachariæ n'en approuve cependant que la partie relative aux cohéritiers demandeurs en rescision pour lésion et dol. Il condamne celle qui a trait aux créanciers hypothécaires [1]. Je ne suis pas de ce sentiment. Les créanciers élevaient un litige sur la légitimité de l'antichrèse, qui avait été créée par un acquéreur insolvable, et probablement en fraude de leurs droits. Il était de leur intérêt d'empêcher la consommation des fruits, et le séquestre leur venait en aide, le séquestre des fruits, le séquestre du droit de les percevoir, contesté à Bruneau dans le litige dirigé sur le fond même de sa prétention.

296. Au surplus, la jurisprudence paraît à peu près fixée sur la possibilité d'ordonner le séquestre, soit dans le cas d'action en rescision de la vente, soit dans le cas de demande en résolution pour défaut de payement du prix [2].

Et comment hésiterait-on à reconnaître qu'il y a litige sur la propriété et qu'on ne s'écarte pas dès lors de la pensée et du texte de l'art. 1961, n° 2?

297. Nous ne devons pas laisser ignorer, au reste, qu'il y a dans nos lois quelques cas particuliers où le séquestre a lieu, bien qu'il n'y ait pas positivement de litige sur la chose même ou sur la possession. Mais ce sont des cas exceptionnels et que le législateur a eu soin de préciser.

298. Ainsi l'art. 681 du Code de proc. civ. assimile au séquestre judiciaire le saisi qui

[1] T. 3, p. 119, note.
[2] Toulouse, 29 août 1827. (Sirey, 29, 2, 45.) — Bourges, 18 déc. 1826. (Sirey, 27, 2, 121.) — Montpellier, 19 juin 1827. (Sirey, 27, 2, 217.)

est laissé en possession lorsque les immeubles ne sont pas loués ou affermés. Toutefois, on ne peut pas dire que, dans un cas pareil, la chose soit litigieuse.

299. Il en est de même dans l'art. 602 du Code civil qui ordonne le séquestre des immeubles soumis à l'usufruit lorsque l'usufruitier ne trouve pas de caution [1]. Il n'y a rien de litigieux dans ce cas.

300. Lorsqu'une procédure s'instruit par contumace et qu'il est intervenu un arrêt de mise en accusation, l'art. 465 du Code d'instr. crim. exige que le président de la cour d'assises rende une ordonnance portant que, faute par l'accusé de se représenter dans les dix jours, il restera suspendu de ses droits de citoyen, et que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction de la contumace. C'est l'administration des domaines qui est chargée de l'exécution de ce séquestre [2], et les fruits recueillis appartiennent à l'État en indemnité des frais de la procédure [3].

On voit qu'en pareil cas la propriété n'est pas compromise par un litige dirigé contre elle. C'est la personne dont l'état en est suspens, et qui fait rejaillir sur les biens l'incertitude dont elle est affectée.

301. § 3. Le troisième cas de dépôt judiciaire signalé par notre article a lieu quand le juge ordonne le dépôt des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

Quand ces choses sont une somme d'argent, on suit les règles particulières tracées par les art. 1257 et suiv. du Code civ. et 812 du Code de proc. civ., et le débiteur n'a pas besoin de l'intervention du juge.

Mais si la chose due n'est pas une somme d'argent et que le créancier refuse de la recevoir, c'est aux tribunaux à voir s'il y a lieu au dépôt et à en régler les conditions.

[1] Proudhon, t. 2, nos 837, 838, 839.
[2] *Junge* avis du conseil d'État du 20 sept. 1809.
[3] Proudhon, t. 4, no 2000.

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XII.

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

DÉCRÉTÉ LE 10 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 20 DU MÊME MOIS.

ARTICLE 1964.

Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont,

Le contrat d'assurance;

Le prêt à grosse aventure;

Le jeu et le pari;

Le contrat de rente viagère.

Les deux premiers sont régis par les lois maritimes.

SOMMAIRE.

1. Transitinn. Légitimité des contrats aléatoires.
2. Il n'est pas défendu de se garantir des hasards de la fortune, ou même d'en tirer parti.
3. Le droit a eu raison de rendre profitables les événements qui dépendent d'un aveoir caché.
   Utilité des contrats aléatoires.
4. Surtout daos le commerce. De là le brocard : *Mercatores consueverunt futura prognosticari.*
5. Pnurquoi on nomme ces contrats *aléatoires.*
6. Ils sont intéressés de part et d'autre. En quoi ils diffèrent des contrats commotatifs.
   Le péril se vend et s'achète.
7. Nomenclature des principaux contrats aléatoires.
8. Dans les uns, il n'y a qu'une partie qui s'expose aux risques.
   Dans les autres, le risque est réciproque.
9. De l'*assurance.* Pnurquoi le Code civil la renvoie au Code de commerce et aux lois maritimes.
10. On n'ignorait cependant pas les assurances appelées terrestres.
11. Inconvénients qui en résultent pour ces dernières assurances, qui n'ont pas été codifiées et ne vivent que d'analogies.
12. Multiplicité actuelle des assurances terrestres.
13. Du prêt à la grosse aventure. Idée de ce contrat et renvoi au Code de commerce.
14. Du jeu et du pari. Renvoi au chapitre 1er de ce titre.
15. De la rente viagère. Renvoi aux art. 1968 et suiv.
16. Il fut inconnu des Romains.
17. Outre ces quatre contrats aléatoires, il y en a beaucoup d'autres qui sont sans nom, ou participent d'autres contrats nommés.
18. Exemples. Vente d'un coup de filet, vente d'usufruit, de droits litigieux, etc., etc.
19. Suite. Mélange du louage avec l'*alea.*
20. Mélange du dépôt avec l'*alea.*
21. Mélange du commodat avec l'*alea.*
22. Mélange du gage avec l'*alea.*
23. *Quid* dans le cautionnement ?
24. Autres exemples.
25. Transitinn au *jeu et pari.*

COMMENTAIRE.

1. L'homme est inépuisable dans ses calculs. Nous l'avons vu varier ses combinaisons pour communiquer de l'un à l'autre tantôt la propriété même, tantôt l'usage dé-

terminé des choses, et passer tour à tour du mobile de l'intérêt personnel à la bienfaisance, dans les contrats qui servent de moyen d'action au commerce de la vie civile.

Maintenant il va calculer les chances du hasard, et faire dépendre d'éventualités incertaines l'acquisition de certains profits. Car les choses sur lesquelles le sort a le plus d'empire peuvent être l'objet de pactes licites [1]. En cela, le droit ne s'associe pas aux erreurs de ceux qui soumettent à une aveugle fatalité le libre arbitre de l'homme; mais il tient compte des événements incertains dont l'homme est environné.

2. On a dit qu'il est insensé de subordonner volontairement à la fortune ses gains ou ses pertes. Cette réflexion n'est vraie que lorsqu'elle s'adresse à des joueurs téméraires; autrement, elle manque d'exactitude. Puisque l'imprévu se mêle à toute notre vie, il est raisonnable et bon de nous garantir de ses caprices, ou de tirer parti de ses hasards.

3. Les temps sont passés où la crédulité demandait à l'imposture la révélation de l'avenir. La raison nous a rendus dociles aux voies de Dieu, qui tient dans sa main les secrets du destin, jusqu'à ce que le moment soit venu où il plaît à sa providence de les manifester. Les entrailles des victimes sont muettes; la magie est morte, et le modeste calcul des probabilités a pris la place de la science audacieuse et vaine du futur. Mais si c'est le chef-d'œuvre de notre esprit de rendre probables les événements qui dépendent d'un avenir caché, c'est le chef-d'œuvre du droit de les rendre profitables à nos intérêts civils. Le médecin s'évertue à apprendre les mystérieux progrès des maladies, le général à prévoir les piéges de ses ennemis, le pilote à présager la tempête [2]. Quant au jurisconsulte, il n'a pas besoin d'entrer à fond dans l'étude des sciences conjecturales si souvent trompées par le hasard. Il accepte la fortune comme un fait; il la laisse venir sans la conjurer. Mais ce qu'elle a de fatal devient, dans ses inventions ingénieuses, la source d'une indemnité ou même d'un gain. Ce qu'elle a de propice, mais d'éloigné, se traduit en un échange de l'incertain pour le certain. Il n'est pas jusqu'aux hasards les plus indifférents que l'industrie humaine, dirigée par la jurisprudence, ne puisse associer à des contrats sérieux et faire tourner en causes de bénéfices. Par là, la somme des biens se trouve multipliée; le mouvement des affaires s'agrandit, et l'esprit d'entreprise, franchissant les bornes étroites du présent, embrasse l'avenir pour en tirer des avantages actuels.

4. C'est surtout dans le commerce que les spéculations sur les événements incertains sont usuelles; aussi, les jurisconsultes ont-ils coutume de dire métaphoriquement: *Mercatores consueverunt futura prognosticari* [3], faisant allusion à leur génie qui sait hasarder un peu pour gagner beaucoup, et ose tirer sur la fortune des lettres de crédit.

5. Les contrats de cette nature se nomment *aléatoires*, du latin *alea*, qui signifie un événement incertain [4]. En effet, ils contiennent une convention réciproque, dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, dépendent d'un événement incertain [5]. Ce que l'un donne à l'autre est le prix d'un risque dont il l'a chargé [6], et qui est attaché à un fait éventuel, douteux.

6. Les contrats aléatoires sont intéressés de part et d'autre : en cela, ils se rapprochent des contrats commutatifs et s'éloignent des contrats de bienfaisance, dont nous avons traité dans le titre précédent.

Mais ils diffèrent des contrats commutatifs en ce que, dans ces derniers, il y a une chose donnée qui est l'équivalent d'une chose reçue, tandis que dans les contrats aléatoires la chose reçue n'est que le prix d'un risque couru par la personne qui reçoit [7]. C'est le péril qui se vend et s'achète [8]. Quand, par exemple, on craint un sinistre sur une marchandise, sur un vaisseau, sur la vie, et qu'on se fait assurer, on estime à prix d'argent le risque qu'une personne veut bien courir pour en délivrer une autre : *Periculum pecunia æstimatur* [9]. L'assuré qui paye

[1] Scaccia, § 1, q. 1, n° 84. — Portalis, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 14, p. 535). Locré, t. 15, p. 167.

[2] « Medicus, dit Cicéron, morbum ingravescentem ratione providet, insidias imperator, tempestates gubernator, et tamen hi ipsi sæpe falluntur qui nihil, *sine certa ratione*, opinantur. » (*De divin.*, lib. 2, n° 6.)

[3] Scaccia, § 1, q. 1, n° 89.

[4] L. 2 et 7, Dig., *hæredit. vel act. vendita*. — L. 8, *de cont. empt.* — L. 12, *de act. empt.* — L. 5, Dig., *de naut. fœnor.* — Brisson, *De verb. signif.*, v° *Alea*.

[5] Art. 1964.

[6] Pothier, *Assurance*, n° 1.

[7] *Id.*

[8] Scaccia, § 1, quæst. 7, p. 3, liv. 6.

[9] Roccus, *De assecur.*, note 4. — Straccha, *De ass.*, Introd., n° 44. — Scaccia, § 1, q. 1, n° 129. — Émérigon, *Assur.*, t. 1, p. 3 et 4.

pour être préservé du danger en est appelé l'acheteur, et l'assureur qui reçoit le prix est appelé vendeur du péril [1].

7. Notre article signale les principaux contrats aléatoires. Ce sont le contrat d'assurance [2];

Le prêt à la grosse aventure;

Le jeu et le pari;

Le contrat de rente viagère.

8. Dans les uns, il n'y a que l'une des parties qui s'expose à un risque dont le prix lui est payé par l'autre partie, laquelle, loin de courir aucun danger, ne contracte que pour en être délivrée. Tels sont le contrat d'assurance et le contrat à la grosse [3].

Dans les autres, le risque est réciproque. C'est ce qui arrive dans la rente viagère et dans le contrat de jeu [4].

9. Le contrat d'assurance, à peu près ignoré des anciens, comme contrat *sui generis*, est dû aux nations modernes [5]. L'antiquité n'en eut qu'une idée confuse et étroite. Mais, sous la main des peuples d'origine féodale, il s'est élevé à la hauteur d'un contrat systématiquement organisé, dont les applications ont d'abord fécondé le commerce maritime, puis se sont étendues par des combinaisons prévoyantes aux risques de toute espèce dont la faiblesse humaine est environnée. Les assurances maritimes sont la partie de ce contrat la plus connue et la plus habilement traitée par les jurisconsultes. Les ouvrages de Straccha, Scaccia, Émérigon, Pothier et autres y ont porté les lumières de l'analyse, de la logique et de l'expérience. C'est probablement à cause de cela, et aussi parce que l'assurance maritime était la plus pratiquée au XVIIIe siècle et au commencement du XIXe que les rédacteurs du Code civil ont renvoyé le contrat d'assurance au Code de nos lois maritimes.

10. Et cependant, on n'ignorait pas alors l'assurance contre l'incendie [6], introduite en France au XVIIIe siècle à l'imitation des Anglais [7], ni l'assurance contre les périls des voyages de terre [8], ni les assurances sur la vie, pratiquées en Angleterre avec un grand succès [9], et objet d'un essai remarquable en France, en 1787 et 1788 [10].

11. Il y a donc lieu de s'étonner que le Code civil ait restreint l'assurance aux risques maritimes, et que ses rédacteurs n'aient pas compris l'importance que l'on pouvait en tirer en la transportant aux autres risques. Il résulte de là que les assurances terrestres, manquant de loi, ne vivent que d'analogies empruntées au Code de commerce, et flottent au gré de la jurisprudence.

12. Au surplus, rien de plus multiplié, à l'heure qu'il est, que les assurances sur les risques autres que les fortunes de mer : assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre les épizooties, contre les chances du sort; assurances sur la vie, etc., etc. L'esprit d'invention s'ingénie à découvrir sans cesse de nouvelles matières à assurance, et peut-être s'exagère-t-on un peu le parti qu'on en peut tirer pour améliorer les intérêts matériels et moraux de notre société. Quant à nous, nous ne devons pas en traiter ici, ne pouvant pas introduire épisodiquement sous un article du Code civil le développement d'une matière dont l'étendue est très-vaste et qui se lie à la loi commerciale par des liens intimes.

13. Le prêt à la grosse aventure, qui est le second des contrats d'assurance dont parle notre article, appartient tout entier au Code de commerce. Il nous vient des Romains [11]. Les capitalistes de Rome s'en firent un moyen d'augmenter leurs revenus par d'énormes intérêts, et Caton était célèbre par les profits qu'il en sut retirer [12]. Dans ce contrat, l'emprunteur est déchargé de l'obligation de rendre la somme principale et le change, si le navire vient à périr dans le cours du voyage par fortune de mer. Mais aussi, pour prix de ce risque que court le prêteur, l'emprunteur est obligé, si le voyage est heureux, de payer, outre le capi-

[1] Émérigon, § 3, gl. 3, n° 29, p. 417.

[2] *Id.*, t. 1. p. 13.

[3] Pothier, *Jeu*, n° 2.

[4] *Id.*

[5] Frémery, p. 281. — Alauzet, *Des assurances*, t. 1, part. 1, ch. 1.

[6] Pothier, *Assur.*, n° 3. Valin, sur l'art. 68.

[7] Alauzet, t. 1, p. 102.

[8] Solent quotidie mercatores, dit Straccha, mercium, *sive mari, sive* TERRA transvehendarum... assecurationem facere. (*De ass.*, introd., n° 44.) — Roccus, *Resp. leg.*, not. 6 et 67.

[9] Alauzet, t. 2, p. 433. Voy. *infra.*

[10] Arrêts du conseil des 3 oct. 1787 et 27 juill. 1788. — Alauzet, t. 2, p. 438.

[11] *Voy.* le Dig., *de nautico fœnore et trajectitia pecunia.*

[12] J'en ai parlé dans la Préface de mon *Comment. du prêt.*

tal, un intérêt nautique beaucoup plus élevé que l'intérêt légal de l'argent, et réglé au gré de la convention. On comprend que cet intérêt a dû échapper aux anciennes préventions dont le prêt ordinaire à intérêt a été l'objet. L'élévation de l'intérêt n'est ici que le prix du risque, et il faut bien que la chance de tout perdre soit compensée par la chance de faire un gain.

Le contrat de prêt à la grosse étant étranger au Code civil, il nous suffit d'en avoir donné cette idée rapide.

14. Le troisième contrat aléatoire signalé par l'art. 1964 est le contrat de jeu et de pari ; contrat permis à l'égard de quelques événements aléatoires, et défendu ou non reconnu par la loi à l'égard des autres. Nous allons en parler dans le chapitre 1er de ce titre.

15. Viendra ensuite le contrat de rente viagère, qui a été l'objet de beaucoup de préventions, parce qu'il est un calcul sur la vie et la mort de l'homme, mais qui a fini par l'emporter à cause des avantages qu'il procure à l'indigence ou à la vieillesse. Il a de grandes analogies avec la gageure [1] ; il en diffère cependant, et Scaccia nous apprend que la cour de Rome, quoique difficile à l'égard de certains paris, admettait cependant le contrat de rente viagère. Nous en ferons bientôt connaître les véritables caractères, et nous touchons aux art. 1968 et suivants, qui en traitent après le jeu et le pari.

16. Nous nous bornerons à dire, quant à présent, que le contrat de rente viagère est encore un de ceux dont les nations modernes ont doté la jurisprudence et que la civilisation romaine ne connut pas. Il est certain que la prohibition de prêter à intérêt portée par les lois de l'Église, et qui suscita tant d'efforts d'esprit pour rendre les capitaux productifs, contribua beaucoup à l'invention d'une combinaison qui, tout en tirant des profits de l'argent, trouvait sa légitimité dans les risques sur lesquels elle repose [2].

17. Outre les quatre contrats que l'article 1964 énumère et qui ont un nom spécial, il y a dans le droit beaucoup d'autres conventions aléatoires. La volonté des parties peut en multiplier le nombre à l'infini, et la loi ne saurait les prévoir ; d'ailleurs les unes rentrent dans la classe des contrats déjà nommés, comme la vente, le louage, etc., etc. ; les autres échappent à une dénomination précise et restent dans la classe des contrats innomés [3].

18. Citons quelques exemples :

La vente d'un coup de filet est célèbre [4]. Il y a aussi la vente d'un usufruit, la vente d'un droit litigieux [5], la vente d'un droit successif, et tant d'autres conventions qui, n'étant pas autre chose que des ventes proprement dites, ne devaient pas avoir une place spéciale dans le titre *des Contrats aléatoires*.

19. Voici des conventions différentes :

Un ouvrier consent à vous raccommoder une pierre précieuse difficile à travailler et fort susceptible de cassure. Par une clause expresse, il se charge de ce risque moyennant l'allocation d'un salaire plus considérable [6] : c'est là un contrat de louage d'ouvrage mélangé d'*alea*.

20. Dans le dépôt, il est de règle que le péril de la chose repose sur la tête du déposant. Cependant la convention peut en reporter le risque sur le dépositaire [7], et alors la convention est mélangée d'un caractère aléatoire.

21. Pareille stipulation peut se rencontrer dans le commodat. Dioclétien et Maximien nous en donnent un exemple dans la loi 1 C., *commodati*, où l'on voit l'emprunteur d'un bœuf prendre à sa charge le risque de la perte de cet animal par l'enlèvement des voleurs : *incursu latronum*.

22. Dans le contrat de gage, l'*alea* peut aussi trouver sa place. En effet, une espèce sur laquelle l'empereur Alexandre fut appelé à donner une décision nous montre un créancier gagiste, qui s'était chargé de tous les risques de la chose donnée en gage, de telle sorte que la perte de cette chose devait libérer le débiteur [8].

23. Le cautionnement, qui intervient pour protéger le créancier contre l'insolvabilité possible du débiteur, offre sous ce rapport

[1] Scaccia, § 1, q. 1, nº 124. *Infra*. nº 209.
[2] *Voy*. la Préface de notre *Comment. du prêt*.
[3] Portalis, *id*., t. 14, p. 536, et Locré, t. 15, p. 169.
[4] Scaccia, § 1, q. 1, nº 124.
[5] Boutteville. (Fenet, t. 14, p. 537. Locré, t. 15, p. 197.)
[6] Ulp., l. 13, § 5, Dig., *loc. cond*.
[7] *Supra*, *Dépôt*, nº 88. — Ulp., l. 7, § 15, Dig., *de pactis*. — L. 1, C., *depositi*. (Alexand.)
[8] L. 6, C., *de pignerat. act*.

quelques analogies avec l'assurance, et n'est pas exempt d'*alea*.

24. Et puis, dans combien de contrats ne fait-on pas dépendre un gain, une perte, un fait, d'un événement futur et incertain? Le commerce, qui spécule sur la hausse et sur la baisse des marchandises, qui soumet telle fourniture à une dépression éventuelle des prix, etc., etc., n'est-il pas sans cesse en présence de stipulations aléatoires?

25. En voila assez de ces exemples. Quittons ces conventions où l'*alea* n'entre pas comme signe caractéristique du contrat, pour nous occuper du jeu et du pari qui en portent l'empreinte au plus haut degré.

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

ARTICLE 1965.

La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari.

ARTICLE 1966.

Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente.

Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande quand la somme lui paraît excessive.

SOMMAIRE.

26. Division de la matière. — § 1. Du jeu.
27. Du jeu considéré comme simple amusement.
    Du jeu considéré comme contrat. Desciption de ce contrat.
28. Il est aléatoire céciproque.
29. Différentes espèces de jeu. Jeux de hasard. Jeux d'adresse. Jeux mêlés de hasard et d'adresse.
30. Les jeux d'adresse renferment un caractère aléatoire.
31. Des jeux intéressés et désintéresses.
32. Du jeu considéré en soi. Le jeu, et même les jeux de hasard, sont-ils légitimes par leur nature?
33. Le jeu en lui-même est dans les fins de la nature.
34. Mais il doit être honnête. Jeux des anciens.
35. Leurs idées sur les jeux de hasard. Lois de Rome à cet égard.
36. Défaveur de ceux qui jouaient à des jeux de hasard, et des maisons de jeu.
37. L'argent perdu et payé était sujet à répétition.
    Raison de cela donnée par Cujas.
38. Mais toutes ces rigueurs ne s'appliquaient qu'aux jeux de hasard intéressés.
    En lui-même le jeu de hasard n'est pas répréhensible. Il ne l'est que par l'abus qu'on en fait.
39. Suite.
40. Toutefois, la loi ne doit pas donner d'action en justice. Un amusement ne doit pas devenir un acte de commerce.
    Néanmoins, jouer n'est pas en soi commettre une mauvaise action.
41. Mais les lois romaines permettaient de jouer de l'argent aux jeux d'adresse.
42. Les paris y étaient autorisés.
43. Prohibition contre le jeu à partir du IXe siècle. Historique à cet égard.
    Influence des mœurs; idées sur les dettes de jeu.
44. Lois depuis 1789.
45. Maison de jeu tolérées. Leur suppression.
46. Loterie royale. Sa suppression.
47. Disposition du Code civil, art. 1965 et 1966. Point

d'action en justice pour les jeux de hasard.
L'action n'est reçue que pour les jeux d'adresse.

48. Raison de cette différence prise dans l'utilité des jeux d'adresse.

49. Énumération des jeux d'adresse.

50. Du jeu d'échecs.

51. Mais le prix stipulé dans les jeux d'adresse doit être modéré. Sans quoi les tribunaux peuvent rejeter la demande pour le tout.

52. Le contrat de jeu, dans les jeux licites, est intéressé de part et d'autre. Il est parfait par le consentement.

53. Condition de validité.
Capacité des joueurs.

54. Liberté du consentement.

55. Égalité de risques.

56. Fidélité dans le jeu.

57. Les jeux qui ne sont pas d'exercice ne produisent pas d'action en justice.
Détail de ces jeux.
Du jeu de billard.

58. Ces jeux ne sont pas immoraux en eux-mêmes.
Pourquoi la loi ne leur donne pas d'action en justice.

59. Mais ce qui a été volontairement payé n'est pas sujet à répétition.

60. Des obligations souscrites pour dettes de jeu sous forme de billets ou contrats. Quelle est leur valeur.

61. *Quid* des billets à ordre?

62. Si les obligations souscrites pour prêt d'argent, bien qu'ayant pour cause des dettes de jeu, contiennent novation.

63. Des dettes de jeu masquées sous couleur de transaction.

64. La preuve testimoniale peut être invoquée pour prouver la simulation et remonter à la vraie cause de l'obligation.

65. Mais il ne faut l'admettre qu'avec précaution.

66. Des dettes contractées à l'occasion du jeu avec des tiers.
De l'emprunt fait à un tiers désintéressé pour payer une dette de jeu. Il est valable.

67. Mais il n'en est pas de même du prêt fait par un cojoueur.

68. Pourquoi cette différence.

69. Opinion de Caccialupus examinée et rejetée.

70. Examen d'un arrêt de la cour de cassation, duquel il ne faut pas induire qu'on prêt fait par un tiers désintéressé n'a pas d'action.

71. Du mandat donné pour payer la dette de jeu. Le mandataire a-t-il action pour recouvrer ce qu'il a avancé?

72. *Quid* si un tiers avait payé sans mandat et comme *negotiorum gestor*?

73. Du mandat donné pour jouer. Le mandataire a-t-il action pour le remboursement de ses avances?
Principes sur le mandat de choses déshonnêtes ou non avouées par la loi.

74. Suite.

75. Arrêt de la cour de cassation examiné et ramené à son véritable sens.

76. Suite de l'examen de la jurisprudence.

77. Suite.

78. Suite. Arrêt de Bordeaux utile à consulter.

§ 2. Du pari ou gageure.

79. Du *pari*.
Exemples empruntés à la littérature romaine.

80. Suite.

81. Habitudes suivies dans les paris. Droit qu'on leur appliquait.

82. Plusieurs espèces de paris.
1re *espèce*.

83. 2e *espèce*.

84. 3e *espèce*.

85. Opinion des jurisconsultes sur les paris dans l'ancienne jurisprudence.
Les uns ne veulent pas leur accorder d'action en justice.

86. D'autres y voient des contrats sérieux. Leurs raisons.

87. Suite.

88. Exemples de paris donnés par Straccha, qui les tenait pour valables.

89. Plusieurs des paris dont il parle sont défendus par le statut de Gênes.

90. Mais d'autres sont permis. Exemples pris de la jurisprudence française.

91. Autres exemples cités par Émérigon. Assurances par gageure. Autorisées dans quelques ports, elles sont défendues dans d'autres.

92. Les assurances par gageure diffèrent du reste des assurances proprement dites.

93. Le Code civil fait cesser toutes ces difficultés. Il assimile les paris et les gageures au jeu.
Raisons déterminantes.

94. Raisons contraires données par Scaccia.

95. Mais il faut préférer le système du Code civil.

96. Le Code permet le pari à l'occasion des jeux d'exercice.
Exemple puisé dans l'ancien droit.

97. Parmi les paris usités de nos jours, les plus remarquables sont les paris sur les effets publics et sur la hausse et la baisse des marchandises.

98. On les appelle vulgairement *marchés à terme*. Impropriété de cette qualification. On doit les appeler marchés fictifs.

99. Des paris sur les fonds faits dans la coulisse.

100. Combinaison qui sert de pivot à ces marchés fictifs.

101. L'acheteur fictif joue à la hausse; le vendeur fictif joue à la baisse.

102. Ces marchés, quoique qualifiés marchés à terme, ne sont que des paris.
Les marchés à terme, quand ils sont sérieux, sont des opérations licites.

103. Toutefois, un arrêt du conseil de 1724 les déclare nuls et suspects de plein droit, et n'autorise que les marchés au comptant sur les effets publics.

104. On rend même les marchés à terme légalement impossibles.
C'était aller trop loin.

105. Cet arrêt ne survécut pas aux circonstances et tomba devant les habitudes commerciales
106. Nouvelles mesures prises sous le ministère de Calonne contre les marchés à terme.
Arrêt du 7 août 1785.
107. Sens de cet arrêt.
108. Travail fait dans les bureaux des finances par suite de cet arrêt.
109. Nouvel arrêt du conseil du 2 octobre 1785 contre les marchés à terme.
110. En réalité, ce sont les marchés fictifs qu'il veut proscrire.
111. On reconnaît même qu'il y a des marchés à terme qu'on a eu le tort de défendre d'une manière trop générale.
112. On les autorise donc, mais à condition que le vendeur prouvera qu'il était propriétaire des effets publics au moment du traité.
113. Mais c'était restreindre dans un cercle trop étroit les marchés à terme sérieux.
114. Aussi la pratique élude les dispositions de l'arrêt du conseil du 2 octobre 1785.
115. Autre arrêt du conseil du 22 septembre 1786.
116. Autre du 14 juillet 1787.
117. Résumé sur cette législation.
1° Nécessité imposée au vendeur de prouver sa propriété au moment de l'engagement.
2° Terme fixé à deux mois au plus.
118. Ces arrêts du conseil ne furent pas revêtus de lettres-patentes enregistrées au parlement. Pourquoi cela n'était pas nécessaire.
119. Législation moderne.
120. Loi du 28 vendémiaire an 4. Elle se réfère aux arrêts du conseil.
121. Arrêté du gouvernement du 27 prairial an 10.
122. Art. 419, 421, 422 du Code pénal.
123. Sens de ces articles ; différence qu'il y a entre eux et les arrêts du conseil sur les marchés à terme.
124. Ces articles du Code pénal ont voulu ramener les marchés à terme aux vrais principes du droit commercial, dont les arrêts du conseil s'étaient écartés.
125. La jurisprudence n'admet pas cependant que les arrêts du conseil ont été abrogés en cette partie par le Code pénal.
126. Elle se trompe.
127. Examen détaillé de cette jurisprudence. Célèbre arrêt Forbin-Janson, rendu par la cour royale de Paris.
128. Critique de cet arrêt sous le point de vue de la thèse de droit.
129. Pourvoi en cassation.
Moyens de Perdonnet, demandeur.
130. Mais ils devaient être rejetés d'après les points de fait déclarés constants.
131. Cependant l'arrêt de la cour de cassation qui prononce le rejet est plus motivé en droit qu'en fait.
Critique du point de droit.
132. Suite. Le Code pénal de 1810 a modifié les arrêts du conseil et fait dépendre d'autres conditions qu'eux le caractère des marchés à terme qui ne sont que des jeux.
133. Opinion de M. de Villèle sur les opérations de bourse et sur leur utilité pour le crédit public
134. Il est contraire à la pratique commerciale et à toutes les règles du négoce de vouloir qu'un négociant ne fasse des opérations licites qu'à la condition d'être propriétaire, au moment de la vente, des objets qu'il vend. La vente de la chose d'autrui est et doit être toujours permise dans le commerce, quand cette chose est vénale.
Or, la rente est toujours vénale.
135. Objection résolue.
136. Les arrêts du conseil sont le véritable Code pénal de l'ancien régime sur les paris de bourse, et ils règlent la même matière que notre Code pénal de 1810.
Seulement le Code pénal de 1810 change la définition du délit.
137. Il change aussi la peine.
138. Il y a donc abrogation nécessaire et de plein droit.
139. Dès lors il n'y a plus de conclusion à tirer de la nullité prononcée par les arrêts du conseil. Elle est la conséquence d'un état de choses changé par le Code pénal.
140. Exemples topiques qui prouvent combien les arrêts du conseil sont peu en harmonie avec nos idées.
141. Conclusion. Quels sont les marchés à terme véritablement défendus ? tous les autres sont permis.
142. Au surplus, la jurisprudence semble vouloir s'adoucir. On tient moins au dépôt exigé par les arrêts du conseil. On s'arrête davantage à la sincérité des parties contractantes.
143. En un mot, il y a un progrès qui finira par arriver jusqu'à la vérité même, jusqu'alors méconnue.
144. Du reste, on ne saurait exiger de l'acheteur à terme qu'il soit nanti des fonds au moment de la négociation.
145. S'il a eu, dès l'origine, l'intention sérieuse d'acheter à terme, le marché est valable, encore que par l'événement il ne puisse prendre livraison.
146. En un mot, point de présomption *juris et de jure* en cette matière. Il faut voir l'intention et les faits.
147. Seulement, il y a des présomptions humaines. Le juge doit les apprécier.
Présomption habituelle pour donner de graves indices de pari.
148. Toute opération qui se liquide par une *différence* n'est pas nécessairement un pari de bourse.
Distinction.
149. Suite.
150. Du report. Est-il un pari ?
151. Résumé sur les paris de bourse. Législation du royaume de Naples sur les marchés à terme. Utilité et légitimité des marchés à terme sérieux.
152. Il y a aussi des marchés fictifs ou des paris sur les marchandises dont les cours sont variables, telles que les huiles, sucres, eaux-de-vie.
Idées avec lesquelles ils doivent être jugés. — Distinctions. — Arrêts.
153. Des paris sur la vie des hommes. En quoi ils diffèrent des assurances sur la vie.

154. Définition du contrat d'assurance sur la vie. C'est un *contrat d'indemnité* et non un pari.
155. 1er *exemple*. Assurance sur la vie du célèbre Pitt par ses créanciers.
156 2e *exemple*.
157. Il faut qu'il y ait risque et dommage à craindre par suite du décès d'un individu, et c'est contre ce dommage qu'on prémunit les survivants par l'assurance.
158. Historique du contrat d'assurance sur la vie.
159. Des gageures et paris sur la vie. Exemples.
160. Suite.
161. Autres exemples donnés par Scaccia.
162. Suite.
163. Suite.
164. Scaccia, partisan des paris, veut que les gageures sur la vie soient valables. Raisons qu'il en donne. Réfutation.
165. Retour sur la différence qui existe entre les gageures sur la vie et les assurances sur la vie.
166. Suite.
167. Mais il faut prendre garde que le contrat d'assurance sur la vie ne dégénère en pari. C'est ce qui aurait lieu si on n'avait pas intérêt à la durée de la vie de l'individu qu'on ferait assurer.
Arrêt de Limoges examiné et combattu.
168. De l'assurance faite par une personne pour s'assurer un capital à telle époque donnée de sa vie.
Cette assurance est-elle une gageure?
169. De l'assurance qui a pour but d'assurer une dot aux enfants.
170. Autre et dernière combinaison. Je vous donne tant à condition qu'à mon décès vous donnerez tant à telle personne que je veux gratifier.
Quoique pratiquée par les assurances sur la vie, ce n'est pas une assurance. Mais ce n'est pas non plus une gageure.

COMMENTAIRE.

26. Pour mettre plus d'ordre dans le commentaire des articles 1965 et 1966, je le diviserai en deux paragraphes : l'un consacré au jeu ; l'autre consacré au pari. Cette matière n'est pas dépourvue d'utilité et d'intérêt. Elle nous donnera particulièrement occasion de traiter des paris faits à la bourse sur les effets publics, et des gageures sur la vie des hommes. On voit tout de suite, par l'importance de ces deux sujets, dans lesquels sont renfermées tant de questions graves, relatives soit aux opérations de la bourse, soit aux assurances sur la vie, qu'il ne faut pas croire que notre section soit indigne de la même attention et des mêmes développements que les autres parties du Code civil.

§ Ier. — *Du jeu.*

27. Le jeu, envisagé comme amusement et distraction, n'a peut-être pas besoin de définition, quoique les jurisconsultes aient cru devoir le considérer aussi sous ce rapport et le définir de la manière suivante : « *Lusus est peractam facti delectabilis, quandoque virtutis gratia parati, quandoque lucri, quandoque voluptatis tantum, cessatio a negotiis* [1]. »

Comme contrat, il apparaît au premier coup d'œil sous la figure d'une convention par laquelle celui qui perd consent à donner quelque chose à celui qui gagne, pour l'indemniser des risques qu'il a courus de perdre, dans une lutte où les chances se balancent par une égale incertitude. Le gagnant ne donne rien à la place de ce qu'il a reçu, et néanmoins il ne reçoit pas le gain à titre gratuit : il le reçoit comme prix du risque auquel il était exposé d'en donner autant s'il eût perdu [2].

28. Le jeu est un contrat aléatoire réciproque, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus au n° 8.

29. Il y a plusieurs espèces de jeux ; les jeux de pur hasard, les jeux de pure adresse, les jeux mélangés d'adresse et de hasard.

30. Les jeux de pure adresse, quoique moins subordonnés que les autres à l'influence du sort, présentent cependant toujours un événement incertain. Quand le jeu commence, il est impossible de savoir avec certitude quel sera le vainqueur. Un oubli, une distraction, un faux calcul, une mauvaise disposition de corps et d'esprit, peuvent faire changer le résultat, qui, dès lors, reste problématique jusqu'à ce que l'événement en ait décidé.

31. Sous le rapport de la fin que les parties se proposent, on distingue le jeu en jeu désintéressé, qui a lieu lorsqu'on ne joue point d'argent, ou même quand les sommes exposées sont modiques ; et en jeu intéressé ou gros jeu, qui se définit assez de lui-même par cette dernière dénomination [3].

32. Mais que faut-il penser, au point de

[1] Caccialupus, *De ludo*. — (*Tract. tract.*, t. 7.)
[2] Pothier, *Jeu*, n° 1.
[3] Pothier, n° 29.

vue de la morale et du droit naturel, du jeu considéré en soi, et particulièrement des jeux de hasard? Cette question a fort occupé les moralistes, les théologiens et les jurisconsultes [1].

33. Je n'imiterai pas Pâris de Puteo et Caccialupus dans leurs déclamations sur le jeu [2] : ils ont cédé à l'influence de Justinien [3]. Je n'aime pas le lieu commun, et notre siècle est trop imbu des notions de la morale et du bien public pour avoir besoin qu'on lui prouve que la passion du jeu est la source des plus funestes excès.

Cependant l'homme a besoin de délassements [4] ; à côté de la peine et du travail, la nature propice a mis la distraction et le plaisir [5]. Lelius et Scipion s'arrachaient à la servitude des affaires politiques, pour aller dans leurs maisons de campagne de Caiète et de Laurente ramasser des coquilles, lancer des pierres sur la mer et redevenir enfants [6]. Le sévère Caton se déridait avec ses amis dans des banquets prolongés, mais honnêtes et modestes, et dont la conversation faisait le charme le plus doux [7]. A la jeunesse, il permettait les armes, les chevaux, les javelots, la massue, la paume, la nage, la course ; aux vieillards, les osselets et les dés, mais surtout les loisirs de la campagne et la chasse [8]. *Aliquod dandum voluptati*, dit le sage [9]. Nous sommes comme les oiseaux, qui s'occupent à construire des nids pour leurs petits et leur prodiguent les soins les plus empressés; mais lorsqu'ils ont fini leur ouvrage, ils voltigent çà et là en liberté pour se reposer de leurs fatigues. De même, les esprits lassés des affaires du barreau et du tracas de la ville s'égayent et errent à leur gré, sans soins et sans travail [10].

Le jeu en lui-même est donc dans les fins de la nature [11].

34. Mais il doit être modéré et honnête. Les anciens faisaient entrer dans leur système d'éducation les exercices du corps, la palestre, le gymnase chéri des Grecs [12], la paume et la balle, que César et Octave aimaient de prédilection [13]. Aux jours solennels, les combats de rameurs, la course, la lutte avec le ceste, le jeu de l'arc, procuraient des prix et des palmes aux vainqueurs dans les fêtes publiques [14]. Ces exercices étaient considérés comme un noble passe-temps qui développait les forces et entretenait le courage [15], en même temps qu'il reposait des travaux fatigants de l'esprit ou du corps [16].

35. Il n'en était pas de même des jeux de hasard, et par exemple des dés. Lorsque la jeunesse se fut corrompue et affaiblie, et qu'inhabile aux mâles exercices, elle négligea la chasse et le coursier, on la vit se porter avec passion vers le jeu de dés. Les lois défendirent cette dépravation des mœurs [17]. Cicéron parle d'une loi portée contre les jeux de hasard [18], et d'un certain Licinius Lenti-

---

[1] Pothier, nos 3 et suiv.

[2] *Voy.* leurs traités dans le *Tract. tract.*, t. 7. — *Junge* les auteurs indiqués dans Hilliger, *sur Doneau*, *Comm.*, lib. 18, c. 8, note 6 (t. 3, p. 106). Et Scaccia, § 1, q. 1, no 83.

[3] *Voy.* sa constitution, l. 3, C., *de aleat.*

[4] « Neque enim ita generati a natura sumus, dit » Cicéron, ut ad ludum et jocum facti esse videamur, » sed ad severitatem potius, et ad quædam studia graviora atque majora. *Ludo autem et joco uti illo quidem licet*, sed sicut somno, et quietibus cæteris tum cum » gravibus seriisque rebus satisfecerimus. Dumque genus jocandi non profusum nec immodestum, sed ingenuum et facetum esse debet . . . .
» Ludendi etiam est quidam modus retinendus, ut ne » nimis omnia propendamus, elatique voluptate in aliquam turpitudinem delabamur. Suppeditant autem » et campus noster, et studia venandi, honesta exempla » ludendi. » (*Offic.*, 1, 29.)

[5] Voltaire a dit :

Un Dieu qui prit pitié de la nature humaine
Mit auprès du plaisir le travail et la peine.

Je renverse l'idée.

[6] Cicér., *De orat.*, lib. 2, c. 6 : « *Incredibiliter repuerascere esse solitos, quum rus ex urbe, tanquam a vinculis, evolavissent.* »

[7] Cicér., *De senectute*, 13, 14.

[8] *Id.*, 13, 14, 15, 16.

[9] *Id.*, 13.

[10] Cette charmante comparaison est tirée du *De oratore* de Cicéron, 2, no 6.

[11] Scaccia, § 1, q. 1, no 102 : *Ludus jure naturæ non esse peccatum.*

[12] Cicér., *De orat.*, 2, no 5. — Sénèque, *De brevit. vitæ*, 12.

[13] Alex. ab Alex., lib. 3, c. 21.

[14] *Voy.* l'admirable description de ces jeux dans le 5e livre de *l'Énéide*.

[15] Alexander ab Alexandro a donné une notice curieuse sur les jeux des Grecs et des Romains, lib. 3, c. 21.

[16] C'est ce que Cujas appelle *virtutis et gloriæ causa ludere.* — Sur la loi 2, Dig., *de aleat.* (*Paul ad edict.*, lib. 19.)

[17] « Nescit equo rudis hærere ingenuus puer,
» Venarique timet, ludere doctior,
» Seu Græco jubeas trocho,
» Seu malis vetita legibus alea. »

(Horace, 3, od. 24.)

Paul, l. 2, § 1, Dig., *de aleat.*

[18] Est-ce le sénatus-consulte rappelé par Paul? C'est probable. Pothier ne le croit pas (*Jeu*, 41).

cula ou Denticula, condamné comme joueur en vertu de ses dispositions, et réhabilité par Antoine, son ami et son complice [1]. Elle était en vigueur sous Auguste [2], quoique ce prince poussât fort loin le goût des dés, et qu'il y jouât habituellement, même dans un âge avancé, sans craindre la satire publique [3]. Pendant les saturnales, ce jeu était ouvertement permis, et toutes les classes se livraient sans retenue à ses hasards séduisants [4]. Mais, aussitôt que le mois de décembre était passé, la défense reprenait son empire; les maisons de jeux de hasard étaient défendues, et l'édile chargé de leur surveillance [5] punissait les joueurs qui y venaient en secret, entraînés par l'appât du cornet [6]. Les joueurs d'habitude (*aleatores*) étaient réputés infâmes [7]; leur témoignage n'était pas reçu en justice [8]. C'est pourquoi ils répudiaient le nom d'*aleatores* pour prendre celui de *tesserarii*. Mais, comme le dit Cujas, la différence entre ces deux noms était à peu près la même qu'entre *fur* et *latro* [9]. Quant aux maisons qui les recevaient, lieux de corruption pour les fils de famille, et surtout pour les esclaves [10], elles étaient sévèrement condamnées. Mais, malgré les soins de la police publique, il y en avait presque toujours de clandestines, de sorte qu'on pouvait leur appliquer ce mot de Tacite : « *Hoc genus in civitate nostrâ et semper damnabitur et semper retinebitur.* » On retrouve sous Justinien de nouveaux règlements non moins sévères et toujours éludés [11].

36. Qu'avaient cependant imaginé les préteurs contre les hommes infâmes qui en faisaient métier? Si les joueurs ou autres personnes attirées ou reçues dans ces maisons frappaient ceux qui les tenaient, leur faisaient un dommage quelconque, ou même les volaient, le préteur ne donnait pas d'action en réparation contre les coupables : c'était tant pis pour ces pestes publiques; ils étaient indignes d'être écoutés par la justice [12]; ils étaient en quelque sorte hors la loi [13].

37. Mais entre joueurs il n'en était pas de même. Quoique indignes [14], ils avaient action les uns contre les autres pour la réparation des dommages qu'ils avaient pu se causer par leurs violences ou leur dol [15]. Seulement, le vainqueur ne pouvait exiger le payement en justice de ce qu'il avait gagné [16], et même l'argent perdu au jeu était sujet à répétition [17]. Ceci avait été établi en haine du jeu, et par une dérogation aux principes généraux relatifs à l'irrecevabilité des actions fondées sur une cause dans laquelle *utriusque versabatur turpitudo*. Écoutons Cujas [18] : « Et est non leve crimen, si » quis vetita luserit alea, CUJUS ODIO MULTA » SINGULARITER RECEPTA SUNT, ut condictio » quasi indebiti competat ei qui victus alea, » sciens ultro, solvit id quod *in alea amisit*, » vel, eo cessante, in urbe præfectus urbis, » in municipiis primati, aut defensori civi» tatis aut præsidi provinciæ ut erogetur in » opera publica. » Ces dernières paroles font allusion à une loi de Justinien dont la pensée n'était pas dépourvue d'une certaine énergie répressive [19]. C'était, en effet, prendre les joueurs par leur côté sensible que de les dépouiller de leurs gains au profit des villes,

---

[1] Philipp., 2, 23 : « *Licinium Denticulam de alea » condemnatum, collusorem suum, restituit... Hominem, » omnium nequissimum, qui non dubitaret, vel in foro, » alea ludere,* LEGE QUÆ, DE ALEA EST, CONDEMNATUM, *in » integrum restituit.* »

[2] Horace, *loc. cit.*

[3] Suétone donne à ce sujet des détails curieux (*Oct. Aug.*, 71). *Junge* Martial., 14; 14, 15, 16, 17.

[4] Martial., 4, 14, dit :

« Dum blanda vagus alea december
» Incertis sonat hinc et hinc fritillis
» Et ludit popa nequiore talo. »

Voy. aussi Suétone, *loc. cit.*, 13, 11.

[5] Sénèq., *De vita beata*, les appelle *loca ædilem metuentia*.

[6] Martial, 6, 84 :

« Et blando male proditus fritillo
» Arcana modo raptus e popina
» Ædilem rogat udus aleator.
» Saturnalia transiere tota. »

Et ailleurs :

« Nec timet ædilem moto spectare fritillo,
» Quum videat gelidos jam prope verna lacus. » 14, 1.

[7] Cujas, 9, observ. 28; l. 26, *De injuriis*. — Favre, sur la loi 1, Dig., *de aleat.*

[8] Billig., *sur Doneau, loc. cit.*

[9] Paratitl. sur le C., *de aleat.*

[10] *Voy.* les commentateurs sur le tit. *De aleat.*, Dig., et les lois 25, § 6, Dig., *de edit. edict.*, et 223, *de verb signif.*

[11] L. 1 et 3, C., *de aleat.*

[12] Ulp., l. 1, Dig., *de aleat.*

[13] Noodt, Dig., *de aleat.*, dit : « *Infra omnem legum » curam.* »

[14] Ulp., l. 1, § 1, Dig., *de aleat.*

[15] *Id.* — Et Paul, l. 4, § 3, Dig., *de aleat.*

[16] L. *Periculi*, Dig., *de nautico fœnore*. — Cujas, paratitl. sur le C., *de aleat.* — Justinien, l. 1, C., *de aleat.*

[17] Paul, *loc. cit.*

[18] *Loc. cit.*

[19] L. 3, C., *de aleat.*

et d'en employer le produit à des travaux publics, lorsque les perdants ou leurs héritiers n'usaient pas de leur action en répétition. En tous cas, comme le gagnant est censé n'avoir joué que pour faire un gain, c'est le punir que de le forcer à le rendre; et puisque le jeu n'est si dangereux que parce qu'il compromet les fortunes, c'est remédier à ses vices que de réintégrer le perdant dans ce qu'il a hasardé et perdu.

Tel était le point de vue des lois romaines.

38. Au surplus, ces lois n'étaient si sévères que contre les jeux de hasard intéressés [1]; car en lui-même le jeu, ainsi que le remarque Noodt, n'a rien qui soit immoral et condamnable; il ne devient répréhensible que par l'abus qu'on en fait et par la passion déréglée qu'on y apporte, alors que les joueurs, mus par un sentiment d'avarice, l'intéressent par de l'argent et s'en font un moyen de gain et une spéculation.

39. Nous disons même que les jeux de hasard, alors même qu'ils sont intéressés, pourvu que ce soit avec modération, ne sont pas contraires *ipso facto* à la morale. A la vérité, un sénatus-consulte dont parle Paul défendait de jouer de l'argent aux jeux de hasard [2]. Mais cette prohibition prononcée d'une manière absolue, et étendue par Justinien [3] tant aux jeux dans les maisons privées que dans les maisons publiques, est une mesure de police qui tient aux mœurs de l'époque et à des circonstances particulières. Elle ne prend pas sa source dans une loi naturelle. Rien ne défend *a priori* à l'homme sage d'employer quelques moments à des jeux, même à des jeux de hasard, dont on fait une distraction passagère dans des lieux honnêtes, et dans lesquels on ne compromet ni la tranquillité de son âme ni l'aisance de sa fortune [4].

40. Nous concevons cependant que, même dans ce cas, la loi ne donne pas d'action en justice. Il ne faut pas que des amusements deviennent des sources de procès, et qu'on les transforme en actes de commerce destinés à produire des droits et des obligations en justice [5]. Et, d'ailleurs, la facilité d'une action serait un appât de nature à tenter les passions, et ferait peut-être sortir de sages esprits de leur caractère. Mais, au fond, jouer n'est pas commettre une mauvaise action, quand on y apporte les tempéraments que nous disons [6].

41. Mais s'il était défendu de jouer de l'argent aux jeux de hasard, la loi permettait le gain dans les jeux qui exercent le courage et entretiennent la force et l'agilité du corps [7]. Paul cite comme exemple de ces derniers le javelot, la course, le saut, la lutte.

42. Les paris y étaient également autorisés, d'après les lois Titia, Publicia et Cornelia [8], et les sommes qu'il était permis de jouer ainsi n'étaient pas limitées.

Justinien crut nécessaire d'apporter des bornes à cette liberté. Il détermine un maximum pour chaque partie [9].

43. Le moyen âge et notre ancienne monarchie ont marché sur la trace de ces prohibitions. On a commencé à s'en occuper au IXe siècle dans le concile de Mayence, et la tâche, conduite à la fois par le pouvoir spirituel et par le pouvoir civil, était à peine finie au XVIIIe siècle ! Ne sommes-nous pas fils des Romains, qui n'étaient pas médiocrement joueurs, et des Germains, qui exposaient jusqu'à leur liberté dans leur frénésie des jeux de hasard [10]? Le goût du jeu avait donc infecté toutes les classes [11], les ecclésiastiques plus encore peut-être que les laïques [12], et l'ingénieuse invention des cartes était venue exciter encore cette passion en lui fournissant des éléments plus variés et des combinaisons plus piquantes. Je ne rappellerai pas toutes les ordonnances de nos rois et tous les arrêts des parlements qui intervinrent sur cette matière [13]. La dernière est de Louis XVI, du 1er mars 1781. Je me bornerai à dire que tous les

[1] Paul, l. 2, § 1, Dig., *de aleat.*
[2] *Loc. cit.*
[3] L. 3, C., *de aleat.*
[4] Scaccia, § 1, q. 1, no 102.
[5] Pothier, no 49.
[6] *Voy.* une lettre de Sidonius Apollinaris à Erlphius, sur les jeux pratiqués par la bonne compagnie gauloise. Guizot la cite, t. 1, p. 131.
[7] L. 2, § 1, Dig., *de aleat.* (Paul.)
[8] Marcianus, l. 3, Dig., *de aleat.*
[9] L. 3, C., *de aleat.*
[10] Tacite, *De morib. Germ.*, 24.

[11] Brillon, vo *Jeu.*
[12] Dans le poëme du *Morgante* du chanoine Luigi Pulci, Morgante demande à Margutte s'il croit en Jésus-Christ ou en Mahomet. — Margutte lui répond :

Rispose allor Margutte : Per dirt'il vero,
Io non credo piu al nero che all'azzurro,
Ma sopra tutto nel buon vino ho fede.
..... Or queste son tre virtù cardinali :
La gola, il dado, il ***, come io t' ho detto.

[13] Pothier, *Jeu*, nos 43 et suiv. — Delamarre, tit. *De la police.* — Merlin, *Repert.*, vo *Jeu*

jeux furent d'abord défendus, excepté ceux qui étaient propres à exercer au fait des armes; que plus tard on toléra les jeux qui n'étaient pas de pur hasard; que toutefois l'action en justice n'était accordée que pour les jeux propres à exercer au fait des armes [1]. Mais les mœurs, plus indulgentes que les lois, réputaient les dettes de jeu dettes d'honneur, précisément parce que la justice ne les voulait pas reconnaître. Sur beaucoup de points [2], le point d'honneur a été réglé en France par une classe d'hommes plus chevaleresques que moraux, plus légers pourtant que corrompus, qui ont porté jusque dans leurs vices la bonne foi et la loyauté française. Le chevalier de Grammont m'inquiète cependant un peu quand il fait soutenir sa partie de quinze par un piquet d'infanterie [3]; est-il un étourdi, plutôt qu'un brillant et spirituel fripon? Le vrai type du joueur français est dans ce Valère, dépeint par Regnard à son image, avec tant de finesse, de saillie et de profondeur. Valère éconduira sans remords le carrossier et le tailleur qui réclament des dettes criardes, et lorsque viennent les mémoires des fournisseurs, il dira tranquillement :

Rien ne porte malheur comme payer ses dettes.

Mais parlez-lui des engagements contractés au jeu, c'est bien autre chose! rien n'est plus sacré! et ce mot : « *Oh! non, c'est un dépôt!* » est un trait admirable de comique et de vérité [4]. L'argent qu'il a gagné au jeu a pour lui un caractère sacré. Il est grevé d'un privilége en faveur des dettes qu'il fera au jeu, et qui lui paraissent préférables à toutes les autres. C'est le jeu qui le lui a donné, c'est le jeu qui peut le lui reprendre.

44. Depuis la révolution de 1789, diverses lois ont été portées contre les jeux de hasard et les maisons qui les favorisent. On peut lire la loi du 22 juillet 1791, le décret du 24 juin 1806, les art. 410, 475, 477 du Code pénal.

Néanmoins l'art. 5 du décret du 24 juin 1806 autorisait le ministre de la police à faire pour la ville de Paris, et pour les lieux où il existe des eaux minérales, des règlements particuliers sur cette partie.

45. De là, les maisons de jeu autorisées dans la capitale, par une sorte de concession faite à une passion qui jusque-là avait été plus forte que toutes les précautions. On pensa que le moyen le moins mauvais de faire tomber les maisons clandestines, repaires abominables où tous les genres d'excès étaient accumulés, était d'ouvrir de publiques réunions de jeu où le vice serait surveillé et contenu.

Ces maisons ont longtemps existé, et la ferme en était même assez lucrative pour l'État. On aurait pu inscrire sur le seuil fatal de ces lieux à la fois privilégiés et maudits;

Per me si va tra la perduta gente.

. . . .

Lasciate ogni speranza, voi ch' entrate.

Et néanmoins l'espérance y conduisait des joueurs de tout âge et de toute condition; malheureux qui, après le jeu, trouvaient le désespoir, le suicide, le crime! A force de protestations, la morale publique a enfin obtenu la suppression de ces établissements.

46. Il en est de même de la loterie royale, autre satisfaction donnée à la passion pour les jeux de hasard [5]. La loi du 21 août 1832 en a ordonné la suppression à partir de janvier 1836 [6].

47. Maintenant rentrons dans le Code civil. L'art. 1966 a reproduit l'ancienne distinction entre les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, et ceux qui sont de hasard.

L'art. 1965 n'accorde action en justice que pour les dettes contractées dans des jeux de la première espèce; il la refuse pour les autres.

48. La raison en est sensible

Les jeux d'exercice sont utiles : ils développent les forces, ils délassent le corps; ils préparent de bons soldats, des agriculteurs vigoureux, des marins adroits et intrépides, etc., etc.; trop négligés peut-être dans nos sociétés modernes, ils sont dignes d'encouragement [7].

49. Parmi ces jeux privilégiés, l'arti-

[1] Pothier, nos 49 et 50.
[2] Le duel, par exemple.
[3] Ses charmants mémoires, ch. 3, par Hamilton.
[4] *Le Joueur*, act. 3, sc. 6. — *Voy.* aussi scènes 7 et 8.
[5] *Voy.* l'historique des loteries, *Repert.* de Merlin, à ce mot; — et le recueil de Dalloz, v° *Loterie*.
[6] Art. 48, budget des recettes. Elle est également supprimée en Belgique.
[7] Portalis, *Exposé des motifs*. (Fenet, t. 14, p. 541.) Locré, t. 15, p. 174.) —Siméon, tribun. (Fenet, *loc. cit.*, p. 551.) Locré, t. 15, p. 187.)

cle 1966 cite les courses à pied et à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume [1].

Mais cette énumération n'est pas limitative. On peut y joindre la nage, les combats de rameurs, le tir au pistolet, etc.;

50. Ou bien le jeu d'échecs, inventé, dit-on, par Palamède au siége de Troie [2], jeu de combinaison et de calcul, qui exerce l'esprit et offre un noble délassement [3]. Thomas Aetius l'appelle *meri ingenii* [4], *exercitatio honesta, omnibus permissa, horis congruis et tempore debito* [5]; il le loue pour sa similitude avec l'art de la guerre avec lequel il rivalise de noblesse [6]. Siméon, sans le nommer, semble y faire allusion quand, dans son rapport au tribunat, il met dans la classe privilégiée « les jeux qui développent ou exercent les facultés intellectuelles [7]. »

51. On a pensé qu'on pouvait autoriser, en pareil cas, les joueurs à intéresser leur jeu pour se donner plus d'émulation. Néanmoins, quand le prix stipulé est exorbitant, les tribunaux sont autorisés à rejeter la demande pour le tout [8]; car le jeu s'écarte alors de sa fin honnête; il devient moins une récréation qu'un commerce dangereux [9] : il cesse d'être licite. En cas de contestation, c'est aux juges à voir, d'après l'état des parties et leurs facultés, si le prix est exorbitant; quand ils le trouvent tel, ils doivent, non pas le diminuer et le restreindre, car alors ils feraient un contrat, mais le rejeter entièrement, comme infectant le contrat d'un vice d'immoralité.

52. Le contrat par lequel les parties stipulent un prix dans les jeux licites est un contrat intéressé de part et d'autre et aléatoire [10] : il est parfait par le consentement et ne requiert pas la tradition des enjeux.

53. Mais plusieurs conditions sont exigées pour sa validité.

La première, c'est que les parties soient capables. Ainsi un billet souscrit par un mineur sans l'autorisation de son tuteur, pour perte au jeu de paume, ne serait pas valable [11].

54. La seconde, c'est qu'entre personnes capables le consentement soit libre.

55. La troisième, qu'il y ait égalité de risques de part et d'autre. Cette égalité ne se prend pas avec une aussi grande rigueur mathématique que l'a voulu Pothier [12]; il serait d'ailleurs impossible de l'obtenir. Il suffit qu'il n'y ait pas une inégalité qui rende la lutte disproportionnée. Qu'ont voulu les joueurs? se donner une distraction, et exciter leur émulation par un prix. Il ne faut donc pas peser au point de vue d'un intérêt trop jaloux un contrat qui n'est pas un acte de commerce. Après tout, l'inégalité de forces peut se trouver compensée par la disposition actuelle du joueur le plus fort, qui, à tel jour donné, peut avoir une liberté moins pleine de ses moyens d'adresse.

56. La quatrième condition, c'est que le jeu soit tenu avec fidélité [13].

57. Quant aux jeux qui ne sont pas propres à exercer au fait des armes et à entretenir les forces corporelles et intellectuelles, la loi, sans les défendre, ne les reconnaît pas en justice. Ces jeux sont les jeux de hasard, les jeux de cartes [14], le jeu de billard [15], dont les combinaisons, appelées savantes par les joueurs, ne sont d'aucun fruit pour le bien public [16], et ne sauraient produire des soldats vigoureux ou des hommes utiles à la société [17]; les jeux de quilles [18], etc., etc.

58. Ce n'est pas qu'en eux-mêmes ces jeux soient entachés d'un caractère d'immoralité; non sans doute, et il arrive tous les jours qu'ils servent à ces distractions honnêtes dont l'homme a besoin après avoir

[1] *Voy.* Danty, p. 247.

[2] Ce qui est fort contestable. *Voy.* Aetius, *De ludo scacchor.*, q. 3, n[os] 1 et suiv.

[3] Danty, p. 267 ; Pâris de Puteo, *De ludo*, n° 3.

[4] Dans son traité *De ludo scacchorum*, q. 1, n° 1.

[5] Q. 2, n° 1.

[6] Q. 4, n[os] 7 et 8.

[7] Fenet, t. 14, p. 551. Locré, t. 15, p. 187.

[8] Arg. de la loi 3 au C., *de aleat.* — Zachariæ, t. 3, p. 79, note 6.

[9] Portalis, *Exposé des motifs.* (Fenet, t. 14, p. 541.) Locré, t. 15, p. 174.

[10] Pothier, *Jeu*, n° 5.

[11] Danty, p. 247. — Duverryer, tribun. (Fenet, t. 14, p. 561, et Locré, t. 15, p. 201.)

[12] N° 25.

[13] Pothier, n° 26.

[14] Scaccia, § 1, quæst. 1, n° 85.

[15] Poitiers, 4 mai 1810. (Dalloz, *Jeu*, p. 206.) — *Pasicrisie.* — Grenoble, 6 décembre 1823. (*Pasicrisie.*) — Montpellier, 4 juillet 1828. (*Pasicrisie.*) — Angers, 13 août 1831. (Dall., 32, 2, 141.) — (S., 32, 2, 270.) — *Contra*, Chardon, *De la fraude*, t. 3, n° 558.

[16] Expressions de l'arrêt de Montpellier précité.

[17] Expressions de l'arrêt d'Angers.

[18] L'ord. d'Orléans, art. 101, défendant les jeux de *quilles* et de *dés*.

supporté le poids ou l'amertume des travaux. Mais s'ils restent à l'état de simples distractions, ils ne sont pas du ressort des lois [1], les amusements ne devant pas être des sources d'obligations juridiques et des causes de procès. Que si, au contraire, on s'en fait un moyen de spéculation et de gain, ils deviennent indignes de la protection du législateur. Tandis que les autres contrats rapprochent les parties dans une réciprocité de services et dans un but utile, le jeu les met en présence pour se diviser, se souhaiter malheur, se maudire Ces considérations ont été développées avec beaucoup d'éloquence par Portalis dans son *Exposé des motifs*; elles expliquent très-bien pourquoi les dettes de jeu sont destituées d'action.

59. De là plusieurs conséquences : la première, c'est que les obligations souscrites pour cause de jeu ne sauraient être revêtues de la sanction de la justice [2]; seulement, si elles ont été volontairement acquittées, le payement n'en est pas sujet à répétition, ainsi que nous le dirons plus amplement en commentant l'art. 1967.

60. Alors même que ces obligations auraient été souscrites après la perte réalisée, et quand bien même on leur aurait donné la forme de billets à ordre, l'action en justice manquerait toujours [3].

61. On a quelquefois prétendu que la remise d'un billet à ordre par le perdant au gagnant équivaut à un payement effectif, et qu'il n'y a pas lieu à revenir sur un fait ainsi accompli. C'est un piége dans lequel la jurisprudence ne s'est pas laissé prendre. Les arrêts n'ont vu, avec raison, dans de tels actes, que des promesses et non des payements réalisés : ils n'ont pas eu égard [4]. (Voy. *infra* sur 1967.)

62. On s'est avisé d'un autre biais. On a prétendu que le joueur qui, dans le but de s'acquitter, souscrit une obligation pour prêt d'argent, fait une novation, et qu'à une dette de jeu succède une obligation civile ordinaire. Cette invention n'était pas heureuse, et les joueurs n'y ont gagné que la honte d'ajouter la simulation à l'avidité [5].

63. Disons-le d'un mot : quel que soit le masque que la dette de jeu cherche à revêtir, qu'elle se qualifie obligation civile, promesse, billet, même transaction [6], elle ne saurait échapper à la fin de non-recevoir qui l'attend dans le sanctuaire de la justice.

64. Il faut même ajouter que toutes les fois que le souscripteur du billet, de la promesse, ou de la transaction, articule que la cause apparente de l'obligation est menteuse, qu'elle n'est pas pour prêt d'argent, qu'elle dérive d'une dette de jeu, la preuve par témoins est admissible [7]. Ce point est aujourd'hui tellement certain qu'on n'ose plus le contester devant les tribunaux.

65. Néanmoins, il ne faut pas prodiguer cette preuve; il faut la réserver pour les cas où les vraisemblances sont de nature à déterminer la conviction du juge.

Celui-ci pourrait aussi remplacer la preuve testimoniale par des présomptions graves, précises et concordantes. Mais on rejetterait les présomptions qui ne seraient pas revêtues de ce caractère. Un sieur Servatius avait souscrit un billet à ordre au profit du sieur Rognat, de la somme de 16,000 fr., valeur provenant d'une *différence* sur 25,000 fr. de rentes *reçues* et *livrées*. Servatius soutenait que ce mot de différence contenait avec lui la preuve qu'il s'agissait d'une opération de jeu à la bourse. Mais cette présomption était combattue par la déclaration que les rentes avaient été livrées; il perdit son procès à la cour royale de Paris et à la cour de cassation [8].

66. Mais que dirons-nous des contrats faits non plus entre joueurs qui reconnaissent l'existence de la dette et veulent lui créer des titres, mais à l'occasion du jeu? *occasione ludi*, dit Pâris de Puteo [9]?

Par exemple, Pierre et Paul jouent aux cartes dans un lieu honnête, et Paul, n'ayant pas de quoi payer Pierre qu'il ne connaît

[1] Portalis, motifs. (Fenet, t. 14, p. 529, et Locré, t. 15, p. 161.)
[2] Ord. de 1629, art. 138. (Néron, t. 1, p. 840.)
[3] *Id.*
[4] *Id.*—Grenoble, 6 décembre 1823. (*Pasicrisie.*) — Angers, 13 août 1831. (Dall., 32, 2, 141. — Sirey, 32, 27. — Cassat., req., 30 novembre 1826. (Dalloz, 27, 1, 75.)
[5] Cass., req., 29 décembre 1814, Dalloz, *Jeu*, p. 207. — Cass., req., 30 novembre 1826. (Dalloz, 27, 1, 75. Sirey, 27, 66.
[6] Puteo, n° 21.—*Junge* Caccialupus et Costa.
[7] Danty, p. 244, n° 3, ord. précitée de 1629. — Chardon, t. 3, n° 561. — Limoges, 2 juin 1817 ou 1819. (*Pasicrisie.*)— Lyon, 21 décembre 1822. (*Pasicrisie.*) — Grenoble, 6 décembre 1823. (*Pasicrisie.*) — Cass., req., 29 décembre 1814. (Dall., v° *Jeu*, p. 207.) — Cass., req., 30 novembre 1826. (Dalloz, 27, 1, 75.)
[8] Arrêt inédit de la ch. civile du 15 novembre 1813, au rapport de M. Pajon.
[9] N° 15.

pas, emprunte à François son ami, qui dans une autre partie du salon est occupé à faire la conversation, la somme nécessaire pour s'acquitter.

Je réponds que, dans ce cas, le prêt fait par François à Paul est un contrat sérieux et digne de l'attention de la justice. Telle est aussi la décision formelle de Pâris de Puteo [1], d'après Azon. Si un tiers désintéressé au jeu prête au perdant, qui veut loyalement satisfaire le gagnant, il a action en justice, et cela, quand bien même il saurait qu'il s'agit d'une dette de jeu [2]! Puisque le payement volontaire est autorisé, il doit être permis d'emprunter pour y parvenir [3].

Il est vrai que l'art. 138 de l'ordonnance de 1629 portait : « Défendons à toutes personnes de prêter argent, pierreries ou » autres meubles pour jouer, ni répondre » pour ceux qui jouent, à peine de la perte » de leurs dettes et nullité des obligations, » comme dit est, et confiscation de corps et » de biens, comme séducteurs et corrupteurs de la jeunesse, et cause des maux innumérables que l'on en voit provenir » chaque jour. »

Mais ces dernières expressions dévoilent la pensée du législateur ; ce qu'il punit, c'est la corruption, c'est le prêt fait pour jouer, et non pas le prêt fait quand on a joué et perdu, abstraction faite de toute idée de séduction et de complicité.

67. Il en serait autrement si le prêt était fait par un cojoueur, ou une personne intéressée au jeu : *Mutuum factum colludenti*, dit de Puteo, *non valet* [4]. Le prêt se confond alors avec le jeu lui-même ; il est destiné à entretenir le joueur dans sa passion et à satisfaire celle du prêteur [5].

68. Mais quand c'est un tiers désintéressé qui prête, ces motifs de défaveur n'existent plus. Le prêteur, entièrement étranger au jeu, n'a voulu que venir au secours du perdant qui tient à honneur de payer sa dette, et ce dernier ne doit pas en faire retomber le poids sur l'ami qui lui a généreusement prêté.

69. Caccialupus croit cependant que cela n'est vrai qu'autant que l'on est sous l'empire d'une coutume qui, conforme à la loi romaine, autorise la répétition de la chose jugée ; car, dit-il, il est évident que puisqu'il peut reprendre des mains du gagnant ce qu'il lui a payé, il doit le rendre au prêteur pour ne pas s'enrichir à ses dépens. Mais il en est autrement, suivant lui, si l'on est sous l'empire d'un statut qui n'autorise pas la répétition ; il ne faut pas favoriser des payements de cette nature [6]. A notre avis, le vice de cette conclusion est palpable ; pourquoi le perdant, qui a la loyauté de payer, ne pourrait-il pas emprunter pour y parvenir? Libre de s'acquitter, n'est-il pas libre aussi d'emprunter pour faire honneur à sa parole? D'ailleurs, ne serait-il pas singulier que le Code civil, qui tient pour favorable le payement effectué, eût des suites si rigoureuses contre le prêteur de bonne foi avec l'argent duquel ce payement a été fait?

70. On pourrait cependant opposer comme contraire un arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 30 mai 1838 [7]. Néanmoins, si on y regarde de près, cet arrêt est le résultat de circonstances particulières qui ne contrarient pas notre principe. Il s'agissait, en effet, d'un sieur Bureau, agent de change, qui jouait à la bourse, et qui, pour faire face à ses découverts, avait successivement emprunté à la société des agents de change à Paris, dite du *fonds commun*, diverses sommes de 130,000 fr., 90,000 fr., 200,000 fr. La société des agents de change savait que Bureau se livrait à ces opérations de bourse, que la loi condamne, mais que la coutume commerciale ne traite pas avec la même réprobation. Elle le savait, et, loin de l'arrêter dans cette voie funeste, elle lui fournissait les moyens de continuer son jeu et de soutenir son crédit. Était-ce là le fait d'un prêteur ordinaire, qui ne voit qu'un service à rendre, ou un placement à faire? Non! la compagnie des agents de change agissait dans un intérêt de corps ; elle ne voulait pas que Bureau pût se soustraire à l'acquittement de son obligation par un refus de payement de nature à compromettre la considération de la corporation des agents

[1] N° 15.
[2] Voet, *De aleat.*, 4. Il tire un argument puissant de la loi 3, § 6, Dig., *de in rem verso*.
[3] Cass., 10 août 1811. (Dalloz, v° *Jeu*, p. 207.) — Colmar, 29 janvier 1841. (Dalloz, 42, 2, 111.)—Devill., 42, 2, 492.
[4] N° 15. — *Junge* Voet, n° 5.
[5] Arrêt d'Angers du 25 août 1813, confirmé en cass., req., 29 décembre 1814. (Dalloz, *Jeu*, p. 207.) — Lyon, 21 décembre 1822, précité. (*Pasicrisie*.)
[6] *De ludo*, n° 33. — *Junge* Danty, p. 245, n° 53.
[7] Dalloz, 38, 1, 227. — Sirey, 38, 733.

de change; elle ne voulait pas qu'il pût se prévaloir de la disposition de la loi qui l'autorisait à ne pas payer. Elle interposait donc son action médiatrice, soit pour désintéresser les autres agents de change qui avaient traité avec Bureau, soit pour faire taire les tiers qui se trouvaient ses créanciers naturels; et par là elle laissait percer une sorte de collusion dont le but était d'éluder une disposition d'ordre public en se substituant aux créanciers de Bureau. Si on lit l'arrêt de la cour royale de Paris du 10 juillet 1836 (1), qui statua sur cette affaire, on verra que c'est sous ce point de vue qu'elle l'examina. Il n'est pas permis d'en douter, surtout quand on réfléchit à ce considérant : « Que la com» pagnie des agents de change, *en se substi-» tuant soit à divers agents de change, soit à » des tiers auxquels la loi aurait refusé toute » action devant les tribunaux, n'a pu* ÉLUDER » *une disposition d'ordre public.* »

Dans de telles circonstances, que pouvait faire la chambre des requêtes devant laquelle cette décision était attaquée? Était-elle maîtresse de changer la position faite par la cour royale, et de voir un prêteur ordinaire dans la compagnie des agents de change, signalée à ses yeux comme ayant voulu *se substituer aux créanciers* et ayant tenté d'*éluder la loi?* Le rejet était donc infaillible; l'arrêt du 30 mai 1838 le prononça. Peut-être le motif donné pour l'expliquer pourrait-il être le sujet de quelques équivoques, si on le séparait des faits sur lesquels j'ai insisté. Mais, comme j'étais du nombre des juges, je puis affirmer que ces faits parurent décisifs; et quand on les a présents à la mémoire, on pénètre facilement dans la pensée de la cour.

71. Au lieu de faire un emprunt proprement dit, le perdant peut charger un tiers de payer sa dette de jeu. Dans ce cas, ce dernier a l'action *mandati* pour se faire rembourser de ce qu'il a payé par suite du mandat et pour son exécution. Cette action ne procède pas d'une dette de jeu, puisque les parties n'ont pas joué l'une contre l'autre; elle procède d'un mandat donné pour l'accomplissement d'un fait licite.

72. Autre serait la solution, si un tiers avait payé sans mandat, et comme *negotiorum gestor* bénévole, une dette de jeu. Le perdant pourrait le désavouer et lui dire : « Qui vous a chargé de faire mes affaires et de vous entremettre dans une chose abandonnée à mon libre arbitre? Pourquoi avez-vous voulu me faire faire malgré moi ce que la loi ne m'oblige pas à faire? Vous avez commis une imprudence, supportez-en les conséquences. »

73. Que faut-il dire du mandat donné pour jouer? Autorise-t-il le mandataire à actionner son mandant pour le rembourser de ses avances, frais, salaires, etc., etc.?

En principe, le mandat pour une chose honteuse, prohibée, ou non avouée par la loi, est nul; il n'engendre pas d'action. Ulpien a très-bien dit : *Rei turpis nullum mandatum est. Et ideò hac actione non agitur* (2).

Or, nous avons dit (3) que le jeu qui dépasse les limites de la modération est déshonnête, et que lorsqu'il reste un simple amusement, la loi ne voit pas en lui une cause sérieuse d'action.

Partant de là, qu'est-ce qu'un mandataire qui, obéissant à un mandat de jouer gros jeu, fait des avances à son mandant? Ne s'associe-t-il pas à ses désordres, ne les favorise-t-il pas? Peut-il être de meilleure condition que celui qui prête de l'argent à un joueur pour l'exciter au jeu?

Et si le jeu était une simple distraction, serait-il sérieux et digne d'entretenir la justice de pareilles futilités?

Il ne faut donc pas hésiter à repousser l'action du mandataire qui aurait prêté ses services pour jouer.

74. A plus forte raison le mandataire serait-il non recevable s'il avait servi d'agent au mandant pour des jeux punis par la loi, comme sont les paris sur la hausse et la baisse des fonds publics (4).

Aussi a-t-il été jugé plusieurs fois que l'agent de change qui a joué pour son client n'a pas d'action contre lui. Il suffit de rappeler la fameuse affaire Perdonnet et Forbin-Janson, dont nous aurons occasion de parler bientôt avec plus de détail.

75. Il n'y a rien de contraire à cela dans

(1) Dalloz, 36, 2, 141.
(2) L. 6, § 5, Dig., *mandati*. — *Junge*, l. 12, § 1, Dig., *mandati*, et l. 55, Dig., *pro socio*, qui dit : *Delictorum turpis atque fœda communio est.* » — Pothier, *Mandat*, n° 7.
(3) *Supra*, n° 58
(4) Art. 421, 422, Code pén ; *infra*, n° 97 et suiv.

un arrêt de la cour de cassation du 16 avril 1833 [1]. Cet arrêt se borne à décider que le moyen tiré de ce que les opérations confiées à l'agent de change constituaient des jeux de bourse ne peut être proposé pour la première fois à la cour de cassation Et, en effet, comment la cour de cassation, qui n'est pas appelée à prendre connaissance des faits, pourrait-elle être saisie *de plano* de la question de savoir si, en fait, il y a eu jeu ou opération sérieuse dans tels et tels actes d'achat et vente de fonds publics?

76. Faudrait-il montrer la même sévérité, non-seulement à l'égard de l'agent de change, mais à l'égard d'une maison de commerce de Paris qu'une autre maison de commerce de province chargerait de faire des jeux de bourse pour compte de cette dernière?

Un arrêt de la chambre des requêtes du 5 mars 1844, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour royale de Paris du 13 mai 1832, a décidé que le mandataire agissant comme *nudus minister*, sans intérêt ni profit, ne faisait que remplir un mandat, qu'il exerçait l'action *mandati*, et que son fait ne pouvait être assimilé à des jeux de bourse entre des joueurs respectifs, auxquels se trouve déniée toute action réciproque des uns envers les autres [2].

Cette décision peut, au premier coup d'œil, paraître en opposition avec les idées que nous avons émises au n° 73. Cependant, dans ces sortes d'affaires, la part des circonstances doit être faite, et les principes ne doivent pas être imposés aux espèces sans distinction et sans ménagements. La maison de Paris savait-elle que l'intention de la maison de province était de jouer? Par cela seul qu'il y avait ordre de faire acheter à terme par un agent de change, peut-on dire qu'il y eût mandat de jouer? Le mandataire avait-il connaissance que le mandant avait *a priori* l'intention de ne pas prendre livraison, et de tout réduire à des différences? Nul ne peut dire, en lisant l'exposé des faits recueillis dans la notice de l'arrêt, que ces questions aient été résolues contre la maison de Paris; et dès lors on doit supposer que cette maison ne s'est montrée, aux yeux des juges du fait, que comme un mandataire ordinaire, qui prête son ministère pour un acte dont on lui a laissé ignorer les circonstances déshonnêtes ou répréhensibles.

Pris en ce sens (et je ne crois pas m'écarter de son véritable esprit), l'arrêt dont il s'agit est juridique; il se concilie à merveille avec les vrais et éternels principes sur le mandat de choses défendues, ou non reconnues par la loi.

77. C'est également par ces idées qu'on explique un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 29 novembre 1831 [3], rendu dans une matière étrangère aux articles 421 et 422 du Code pénal. Il faut toujours se demander si le mandataire, en prêtant son ministère, a voulu aider à une mauvaise action et servir d'instrument à une passion déréglée, ou s'il a été de bonne foi.

78. Au surplus, on trouve la confirmation pleine et entière de notre doctrine dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 août 1828, qui juge que le tiers qui a prêté son ministère pour jouer sur les eaux-de-vie n'est pas recevable à réclamer du joueur qui l'a employé les sommes payées par lui par suite des pertes éprouvées [4]. Dans cette espèce, l'intelligence du mandant et du mandataire était avérée; tous deux marchaient de concert pour des opérations que la cour déclarait empreintes d'un caractère répréhensible. On voit que cet arrêt est topique. Nous pensons que, sous le rapport que nous envisageons ici, il mérite toute la confiance des jurisconsultes.

§ II. — *Du pari ou gageure.*

79. A côté du jeu, la loi met le pari, dont les principes sont à ses yeux les mêmes.

Le pari est une convention faite sur une proposition alternative, et d'après laquelle chaque partie, se posant en adversaire de l'autre, nie la proposition affirmée, affirme la proposition niée, et attache un gain à la réussite éventuelle et incertaine de ce qu'elle a avancé.

Le pari, en italien *scommessa*, en latin *sponsio* [5], était en usage chez les Romains; leur littérature nous en offre plusieurs exemples curieux [6].

Virgile a chanté le pari du berger Da-

[1] Dalloz, 33, 1, 200.
[2] Dalloz, 34, 1, 156. — Sirey, 34, 597.
[3] Dalloz, 32, 1. 120. — Sirey, 32, 37.

[4] 29 août 1828. (Dalloz, 29, 2, 136. — Sirey, 29-70.
[5] Marcianus, l. 3, Dig., *de aleat.*
[6] Budæus ad leg. 2, *De origine juris.*

mète avec Ménalque se disputant la supériorité dans le chant [1].

Dans le temps qu'Antoine étalait en Orient son luxe et sa gourmandise [2], Cléopâtre, dont rien n'égalait le faste, le plaisantait sur la médiocrité de ses festins. Que faut-il donc faire, dit Antoine, pour ajouter à leur magnificence? Parions, répondit Cléopâtre, que je dépense dix millions de sesterces en un seul repas. Antoine, qui croyait la chose impossible, accepta le défi [3], et Plancus en fut constitué juge [4]. Le lendemain, le souper qui devait décider cette grave question [5] fut servi. Rien n'annonçait plus de luxe qu'à l'ordinaire, et Antoine demandait d'un ton railleur qu'on produisît le compte. Au second service, on place devant la reine un vase plein d'un certain acide. Cléopâtre, qui avait à ses oreilles deux perles les plus belles et les plus grosses qui eussent jamais paru, magnifique héritage des rois d'Orient, en détache une, la jette dans l'acide, et aussitôt qu'elle la voit dissoute, elle l'avale [6]. Puis, elle prend la seconde et se prépare à recommencer. Mais Plancus, juge du pari, l'arrête, et proclame qu'Antoine est vaincu [7].

La perle ainsi sauvée resta, pour le dire en passant, fort célèbre. Après que Cléopâtre fut tombée au pouvoir du vainqueur, cette perle fut sciée en deux pour faire des pendants d'oreilles à la Vénus du Panthéon de Rome. La moitié d'un souper de ces débauchés fit la parure d'une déesse!

80. Enfin, pour ne pas multiplier inutilement les exemples, je me bornerai à dire ici qu'on était également dans l'usage de parier de l'argent à l'occasion des jeux qui exerçaient la force, le courage ou l'adresse; et ces paris étaient reconnus par la loi [8].

81. Ordinairement les parieurs déposaient entre les mains d'un juge [9] le prix destiné au gagnant [10], ou bien un anneau, en signe d'arrhes [11]; et si ce juge ne donnait pas fidèlement au vainqueur la chose déposée, on avait contre lui l'action *præscriptis verbis* [12]. Quand le pari était déshonnête, chacun avait contre lui la répétition de la chose déposée [13].

82. En principe et en pratique, il y a trois espèces de pari:

Le premier a lieu quand on dépose les gages du pari entre les mains d'un tiers [14]. Nous venons de signaler ce cas par des exemples. Le pari porte alors le nom de gageure, à cause des gages donnés et consignés [15].

83. Le second a lieu quand on se contente d'une promesse réciproque. Par exemple, je parie avec Jacques 200 fr. que dans trois mois tel vaisseau sera rentré dans le port du Havre, et Jacques parie qu'il n'arrivera pas. Chez les Romains, ce pari se contractait par la voie solennelle de la stipulation et de la restipulation [16], et c'était le plus usuel. Voilà pourquoi le pari portait chez eux le nom de *sponsio*, tandis que chez nous, où la consignation des gages est plus fréquente, le pari s'appelle plus ordinairement gageure [17].

On trouve dans l'histoire romaine un exemple de pari par stipulation et restipulation. Le consul Lutatius et le préteur Valerius avaient détruit la flotte carthaginoise dans les parages de Sicile, et le sénat avait décerné à Lutatius les honneurs du triomphe. Valerius prétendit à la même récompense. Mais Lutatius s'y opposa. Une vive dispute s'éleva entre les deux; Valerius offre le pari que c'est sous sa conduite que la flotte carthaginoise a été écrasée [18]. Lutatius accepte solennellement le pari [19], et Atilius Calatinus est choisi pour juge. Alors Valerius cherche à prouver que Lutatius était couché dans sa litière et hors d'état de marcher. Calatinus, sans attendre que le consul

[1] Eclog. 3.

[2] Pline, 9, 58 (l. 7, p. 98, éd. Panck.). — Macrobe, *Saturn.*, 2, 13; *supra*, *Sequestre*, n° 238 (note).

[3] *Sponsionibus factis.* (Pline.)

[4] *Judex sponsionis.* Macrobe l'appelle: *arbiter tam honesti certaminis.*

[5] *Tantæ quæstionis.*

[6] *Ac liquefactum absorbuit.*

[7] Stracchá appelle ce pari: *pulchram et memorabilem sponsionem* (*De sponsion.*, 1 pars, 2).

[8] Marcianus, l. 3, Dig., *de aleat.*

[9] Dans le pari de Cléopâtre, c'est Plancus qui est le juge. Dans le pari des deux bergers de Virgile, c'est Palémon.

[10] *Depono*, dit Damète, *tu dic mecum quo pignore certas.*

[11] Ulp., l. 17, § 5, Dig., *præscript. verbis.*—Pline, 33, 6.

[12] Ulp., *loc cit.*

[13] *Id.*

[14] *Id.*

[15] Loyseau, *Déguerpiss.*, 4, 3.

[16] Loyseau, loc. cit.

[17] Loyseau, *id.*

[18] Sponsione Lutatium provocavit: *in suo ductu punica classis esset oppressa.* (Valère Maxime, l. 2, c. 8, n° 2.)

[19] *Nec dubitavit restipulari Lutatius* (*Idem*).

prît la parole, fit cette question à son adversaire : « Si vous aviez été d'un avis opposé à Lutatius sur le moment décisif pour livrer la bataille, qui de vous ou de lui l'aurait emporté? — Lutatius, répondit le prêteur. — Et si vos augures eussent été différents de ceux du consul, lesquels auraient eu la préférence? — Ceux du consul. — Eh bien, dit alors l'arbitre, puisque dans cette contestation il s'agit du commandement et des auspices, je n'ai plus rien à examiner. Lutatius, je vous donne gain de cause : *Secundum te litem facio* [1]. »

84. La troisième espèce de pari a lieu quand l'un des contractants donne à l'autre une somme qu'il gardera si son pari se réalise, mais qu'il rendra au double ou au triple s'il le perd.

Voici l'exemple que donne Straccha de cette espèce de pari : le siége pontifical étant vacant, les paris s'ouvrent (comme cela avait lieu ordinairement en Italie à une certaine époque) [2] sur l'élection de son successeur. Je soutiens que c'est le cardinal de Monte qui sera élu; Titus gage que non, et il me remet 200 fr., qui m'appartiendront si le cardinal est nommé. Qui si, au contraire, c'est un autre cardinal, je promets de rendre les 200 fr. à Titius et de lui en donner encore autant de mes propres deniers [3]. Nous verrons, au nº 167, un autre exemple emprunté à des faits plus récents et plus pratiques. Je parlerai aussi, au nº 169, d'une combinaison fort utile et fort licite qui s'en rapproche beaucoup à certains égards, mais dont l'esprit et le but s'éloignent tout à fait de l'intention de la gageure, et ne permettent pas de la confondre avec elle.

85. Dans l'ancienne jurisprudence, on n'était pas d'accord sur la valeur juridique des paris et gageures. Azon pensait que ces contrats n'étaient valables que lorsqu'ils intervenaient sur des jeux propres à exercer le corps, et il se fondait sur la loi 3 Dig., *de aleat.* [4]. Loyseau nous apprend même que c'était une opinion populaire (bien qu'erronée, suivant lui) qu'il n'y a point d'action pour les *gageures ludicres* [5]; que quand on n'avait pas déposé de gage et qu'on s'était contenté de simples promesses, *cela était bon pour faire honte à celui qui ne voulait pas payer, mais non pas pour agir contre lui en justice contentieuse* [6]. On disait au soutien de ce sentiment : « Il y a des gens faciles à contredire, ou entêtés dans leurs idées, qui pour la moindre chose soulèvent des controverses et provoquent des paris avec légèreté. Il ne faut pas que la justice soit importunée de ces bravades qui n'ont rien d'assez sérieux. On doit s'en tenir sagement au sénatus-consulte en vigueur chez les Romains, qui ne permettait d'intéresser que les jeux favorables au développement de l'adresse et de la force du corps [7].

86. D'autres, au contraire, comme Straccha [8] et Scaccia [9], pensaient que, toutes les fois que le pari n'était pas fait à l'occasion d'une chose déshonnête, il formait un contrat que l'on ne devait pas mépriser. C'était aussi le sentiment de Loyseau [10], de Danty [11], Expilly [12], Émérigon [13], et autres cités par ce dernier. On argumentait de la loi 17, § 5, Dig., *de præscript. verb.*, dont le texte est en effet bien positif. Et quant à la loi 3, Dig., *de aleat.*, elle doit être entendue, disait-on, *secundum subjectam materiam*. De quoi est-il question à son point de vue? Des jeux. Quand donc elle défend les gageures, ce n'est que par rapport aux jeux que le titre *de aleatoribus* proscrit; mais ce n'est pas par rapport à d'autres sujets qui ne sont pas des jeux et ne rentrent pas dans le titre *de aleatoribus*, sans quoi on arriverait à proscrire tous les paris qui sont en usage.

87. Objectera-t-on [14] que l'on doit appeler jeu toutes les combinaisons qui ont pour base les hasards de la fortune? Dira-t-on avec Azon que *ludus aleæ dicitur*, *omnis ludus qui viribus fortunæ innititur?* Mais, répond Straccha, il n'y a pas de jeu sans

[1] Valer. Maxim., lib. 2, c. 8, nº 2.
[2] *Ut plerumque assolet*, dit Straccha, (2a pars, 4).
[3] Straccha, *loc. cit.*
[4] Sur le tit. *de relig.*, C., nº 4.
[5] Déguerp., 4, 3, 13.
[6] *Id.*, 14.
[7] *Voy.* Straccha, *loc. cit.* — Et Scaccia, § 1, q. 1, nº 88. — C'était l'avis de Paul de Castro, qui refusa de donner une consultation en faveur de la validité d'un pari.
[8] 3a pars, 1, 2, 3.
[9] § 1, quæst, 1, nº 88.
[10] *Loc. cit.*
[11] P. 229.
[12] Pl. 4.
[13] *Des assurances*, ch. 1, sect. 1, p. 9
[14] Straccha, nº 4.

faits et actes extérieurs; *ludus in factis dicitur*; voilà pourquoi il a été défini par les docteurs : « *Peractum facti delectabilis quandoque virtutis gratia parati, quandoque lucri, quandoque voluptatis, tantum cessatio a negotiis.* » Or toutes les gageures ne sont pas dépendantes de jeux proprement dits; et alors pourquoi ne vaudraient-elles pas comme conventions faites sous une condition casuelle ou mixte? L'usage en est général, surtout dans le commerce, et la coutume prouve qu'il ne faut pas s'armer de tant de sévérité [1].

Beaucoup de graves théologiens, saint Thomas [2], Navarre et autres rappelés par Danty [3], confirmaient cette manière de voir; elle a eu la sanction de plusieurs arrêts [4].

88. Pour terminer ce tableau de l'ancien droit, je rappellerai quelques exemples de paris que Straccha passe en revue.

Caïus a promis à Titius de lui donner 100 si l'empereur ou le pape meurt dans l'année, et, par contre, Titius promet 100 à Caïus s'il n'y a pas de décès. Stracchа, après avoir rappelé l'opinion de Paul de Castro [5], qui tient cette stipulation pour nulle, quoiqu'elle soit approuvée par de savants jurisconsultes, la déclare valable. L'usage de ces paris, dit il, est extrêmement fréquent parmi les marchands de Florence; d'ailleurs l'expectative de la mort d'un souverain ne peut être placée parmi les conditions réprouvées : c'est là un événement politique dont les affaires publiques seront certainement affectées et dont il leur est permis de s'inquiéter. Ce n'est pas là souhaiter la mort d'un homme. Un tel pari est bien différent de celui qu'on ferait sur la mort d'un particulier malade ou d'un ennemi.

Straccha examine encore la légitimité des gageures suivantes : Si le duc de Saxe perdra cette année sa principauté; si l'empereur prendra Strasbourg ou Ulm; s'il fera le voyage d'Italie; s'il sera couronné, etc., etc. Quelle différence y a-t-il entre ces pactes et l'achat d'un coup de filet, autorisé par les lois [6]? D'ailleurs ne trouvons-nous pas dans le Digeste les stipulations que voici : Je vous donnerai 100 si un tel navire arrive, ou si Titius est fait consul [7]? C'est pourquoi, ajoute Straccha, rien de plus fréquent à Ancône que les paris sur l'arrivée des navires.

89. Mais si tous ces divers paris étaient admis dans la patrie de Straccha, d'autres statuts voisins s'étaient montrés plus difficiles et avaient apporté un frein à cette manie familière à l'Italie. Le statut de Gênes de 1588 défend en effet les gageures et les paris (*vadimonia seu partita*) sur la vie du pape, de l'empereur, des rois, des cardinaux, des ducs, princes, évêques, personnes ecclésiastiques ou séculières constituées en dignités; — sur l'acquisition, la perte ou les changements de royautés, empires, provinces, villes, etc., etc.; — sur le sort des batailles, le succès des armées et des flottes, le résultat des siéges, etc., etc.; — sur les mariages à contracter ou non, sur la grossesse des femmes, sur le départ, l'arrivée des navires; — sur les élections des princes, ducs, magistrats; — sur la possibilité d'une guerre ou d'une peste [8].

90. Ce détail d'exclusions est fort étendu; néanmoins, il y a beaucoup de gageures qu'il laisse en dehors; et, par une consé-

[1] Scaccia, § 1, q. 1, n° 89

[2] T. 2, quæst. 32, art. 7.

[3] P. 252.

[4] Danty, p. 234 — Despeisses, t. 1, p. 1, tit. 10. — Catellan, liv. 5, ch. 61. — Brillon, v° *Gageure*. — Il y a cependant des arrêts contraires.

[5] Sur la loi *a Titio*, Dig., *de verb. oblig.*; — *voyez* aussi Scaccia, *loc. cit.*

[6] L. 11, § 18, et l. 12, Dig., *de act. empt.*; l. 8, § 1, Dig., *de cont. empt.*; mon *Comm. de la vente*, n°s 204 et 205.

[7] Scævola, l. 129, Dig., *de verb. oblig.* — Papin., l. 126, Dig., *id.* — Julianus, l. 57, Dig., *id.* — Afric., l. 63, Dig., *id.* — Afric., l. 64, *id.* — *Voy.* aussi Scaccia, § 1, q. 1, n° 90

[8] « Sine licentia senatus non possint fieri securitates, vadimonia, seu partita, super *vita pontificis, neque super vita imperatoris, neque supec vita regum, nec cardinalium, neque ducum*, principum, episcoporum, neque aliorum dominorum, aut personarum ecclesiasticarum seu secularium, in dignitate constitutarum.

» Non possint etiam fieri super acquisitione, amissione, seu mutatione dominorum, statuum, regnorum, provinciarum, ducatuum, civitatum, terrarum, seu locorum.

» Nec possint similiter fieri super felici seu infelici successu exercituum, classium, seu expeditionum, neque eorum adventu, neque recessu, neque super expugnatione, aut defensione aliqua.

» Non possint pariter fieri super matrimoniis contrahendis, vel non contrahendis, super uxoribus ducendis aut non, neque super partu mulierum; neque navium aut aliorum appulsu vel recessu.

» Non possint fieri super futura vel non futura peste aut bello, neque super electione ducis aut magistratuum reipublicæ, et demum super aliis quibusvis habentibus speciem aut formam vadimonii, securitatis, seu partiti. Sed omnia intelligantur ut sint probibita. »

quence logique, on peut les considérer comme n'étant pas désapprouvées par le statut.

Ce qu'il y a de sûr, c'est que la jurisprudence française n'était pas toujours hostile à ceux de ces paris qui n'avaient pas la prétention de s'immiscer dans les affaires délicates passées en revue par le statut de Gênes.

Un curé étant venu prendre sa dîme sur le champ d'un paysan, le curé prétendit que l'on en était à la quarantième gerbe, le paysan, que ce n'était que la trentième. Un débat s'engage : le curé parie sa dîme. La gageure est tenue. On appelle un passant pour en être juge et pour refaire le compte. Le paysan, ayant gagné, refuse de payer la dîme. Arrêt du parlement de Toulouse de 1668 qui juge la gageure bonne, et décide que le curé ne peut rien demander [1].

91. Émérigon nous apprend de plus que dans beaucoup de ports de mer on approuvait les assurances par gageure. Par exemple : Si mes marchandises périssent, vous me donnerez 1,000, et si elles arrivent à bon sauvement, je vous donnerai 10 [2]. Les places de Florence, Naples, etc., n'y voyaient rien d'illicite. Disons cependant qu'elles ont fini par être proscrites ; la navigation intéresse la république, et il serait odieux qu'on se mît dans le cas de désirer la perte d'un navire ; d'ailleurs, l'avidité du gain est capable de produire des perfidies qu'il importe de prévenir [3].

92. Au reste, de telles gageures ne doivent pas être confondues avec les assurances. Dans l'assurance, je fais assurer pour 100 écus mes marchandises, qui en valent 900,000, et s'il n'y a pas en réalité de marchandises valant cette somme exposées aux risques de la mer, il n'y a pas d'assurance. Dans la gageure, au contraire, peu importe la valeur des marchandises. Quand même la valeur ne serait pas réelle, le contrat n'existerait pas moins ; car ce n'est pas l'assurance proprement dite de quelque chose de réel que l'on poursuit, c'est une simple spéculation sur un événement incertain [4].

93. Les rédacteurs du Code civil ont considéré que les paris et les gageures participent de tous les inconvénients du jeu, et qu'ils sont gouvernés par les mêmes principes [5]. Scaccia, quoique partisan des gageures, a dit que les arguments tirés du jeu peuvent être appliqués *a pari* aux gageures [6] : c'est ce qu'a fait le Code civil.

Le pari, qui, sans être une récréation de la même nature que le jeu, a cependant les plus grandes ressemblances avec le jeu [7], est sans doute un contrat qui n'a rien d'immoral en lui-même quand il roule sur des choses ludicres, comme dit Loyseau, et sert d'amusement ou de provocation badine. Il oblige la conscience du perdant. Mais le traduire en action en justice serait donner trop d'importance à une chose qui n'en mérite pas. Que s'il se tourne en spéculation intéressée, il n'est pas assez digne de faveur pour mériter que la justice le prenne sous sa protection. Les parieurs se trouvent dans la même position que les joueurs, faisant des vœux l'un contre l'autre, se rapprochant pour se combattre, s'excitant à de mauvais sentiments : « Vadientes, dit Conradus [8], » *postea incipiunt se odire, nempe victus vincentem* ; et sæpe in vadiatione, *contentiose* » *agitur* ; et sic contractus factus est princi- » paliter spe lucri... » Quoi de plus vain, d'ailleurs, que ces prévisions d'événements incertains? Quoi de plus téméraire que ces défis du hasard qui ne concourent à aucun résultat sérieux et utile, et sont dictés ou par l'obstination et une orgueilleuse confiance en soi-même, ou par des espérances de gain sans autre secours que le sort aveugle.

94. Tel est le point de vue du Code civil. Il faut reconnaître cependant que ce n'est pas celui que les jurisconsultes classiques, dans l'ancien droit commercial, voyaient avec le plus de faveur ; d'autant que le négoce a toujours eu beaucoup de tendance à faire

[1] Catellan, liv. 5, ch. 61. — Brillon, vº *Gageure*.

[2] Arg. des lois 63 et 129, Dig., *de verb. oblig.*

[3] Émérigon, p. 6. — Casaregis, disc. 7 et 13. — Et ord. de la marine. — Alauzet cite des statuts nombreux, t. 2, nº 538.

[4] Émérigon, *loc. cit.* — Delucæ, *De credito*, disc. 111, nos 4 et 5. — Casaregis, disc. 7, nº 5.

[5] *Exposé des motifs*, Portalis. (Fenet, t. 14, p. 542.) Locré, t. 15, p. 176.

[6] § 1, q. 1, nº 91.

[7] *Ludere non est aliud quam species sponsionis, et ludus reducitur ad speciem sponsionis, quamvis nonnihil discriminis agnoscatur quum ludus, gratia recreationis, assumitur... Sponsiones non gratia recreationis sunt inventæ. Sed quid plura? Ludere et spondere sunt unum.* — Scaccia, q. 1, § 1, nº 91.

[8] *De contract.*, q. 71, nº 2. — Scaccia, le cite et le réfute, § 1, q. 1, nº 92.

entrer le pari dans les habitudes de plusieurs opérations et spéculations.

Nous avons vu ci-dessus [1] ce que les auteurs italiens les plus accrédités nous ont appris des usages suivis dans cette patrie de la jurisprudence commerciale. Il y en a un exemple plus curieux que tous les autres, et qu'à cause de cela je ne puis me dispenser de mentionner ici. L'élection d'un pape donnait lieu à des gageures nombreuses, dont les parieurs étaient dans l'usage de vendre la chance par des cessions qui, en peu d'heures, passaient de main en main et donnaient lieu à des variations de cours, de telle sorte que ce cours croissait ou décroissait, selon que l'espérance allait en augmentant ou en déclinant [2].

Enfin, si nous quittons les villes de commerce de l'Italie pour rentrer dans nos pratiques françaises, nous verrons plus tard l'usage moderne des marchés fictifs, ou paris de *différences*, qui, malgré la loi, se pratiquent sans cesse sur les marchandises et sur les fonds publics.

Scaccia a cherché à défendre, en thèse, le pari des reproches dont on l'accuse. A l'autorité des textes mis en avant par Straccha et rappelés ci-dessus, n° 88, il s'efforce de joindre celle de la raison. C'est une erreur, suivant lui, de voir dans le pari les mêmes inconvénients que dans le jeu. Le joueur ne sait pas ce qu'il hasarde quand il commence à jouer; la perte l'entraine, il perd la raison, il n'est plus *sui juris*, et, pour recouvrer ce qu'il a perdu, le voilà qui aventure son patrimoine, qui compromet le repos et le bien-être de sa famille, s'abandonne à la colère, aux blasphèmes, etc., etc. Mais rien de tout cela dans la gageure. On parie moins pour le gain que pour la satisfaction d'un désir, d'une espérance! Pierre désire avoir un fils; il parie 100 qu'il aura une fille. N'aime-t-il pas mieux perdre les 100 et avoir un fils? Je désire qu'un tel, dont j'attends les faveurs, soit nommé duc. Je parie 100 qu'il ne le sera pas, avec vous qui le redoutez. Est-ce que je ne ferai pas des vœux pour perdre? Est-ce que je ne serai pas content du sacrifice de cette somme? Car, en me faisant perdre, le sort me fera gagner [3]. Le pari n'a donc pas les conséquences du jeu; il est comme un remède, une consolation, une compensation à un événement malheureux : *Sponsio est veluti remedium, consolatio et compensatio quædam cum casu sinistro*. D'ailleurs, il n'a pas été imaginé pour faire des gains, mais plutôt pour montrer qu'on a de la raison, de l'intelligence, qu'on a prudemment et sagement apprécié les événements. Enfin, supposez qu'on parie pour se procurer un gain, mais du moins la perte est limitée; on sait à quoi l'on s'est engagé, et on ne dépasse pas ce que l'on avait mis à l'enjeu. Si on recommence à parier, ce n'est pas dans ce premier mouvement, dans cette exaltation fébrile, qui fait que, dans le jeu, on n'est pas maître de soi [4].

95. Ces raisons sont ingénieuses. Mais la critique subsiste. L'expérience prouve que les paris peuvent dégénérer en causes de ruine tout aussi redoutables, tout aussi entraînantes que le jeu lui-même: et puis, en prenant le côté spéculatif que Scaccia donne aux paris quand il en fait la compensation d'un événement sinistre, est-ce qu'il y a là quelque chose d'assez grave pour que la justice soit appelée à s'en occuper? Il est obligé lui-même de convenir, un peu plus bas, quand il compare l'assurance au pari, que le pari n'a qu'une cause latente dont l'utilité n'apparaît pas; tandis que l'assurance, qui a pour but d'éviter un dommage, a une cause juste et manifestement utile : « *Assecuratio habet evidentem causam justam et utilem*, quia assecuratus intendit » evitare damnum; *at sponsio habet latentem* » *causam, cujus utilitas non apparet* [5]. »

Je n'en demande pas davantage.

Mais, dira-t-on, puisque vous vous réunissez aux adversaires des gageures, pourquoi donc admettez-vous la validité de la vente d'un coup de filet [6]? Y a-t-il entre ces deux combinaisons une assez grande différence pour les traiter avec cette inégalité [7]?

Oui, sans doute, répondrai-je. Quand j'a-

[1] *Supra*, n° 88.

[2] Scaccia, § 1, q. 1, n° 100, *in fine*. — Ces paris furent défendus par une bulle du pape Pie IV. (*Id.*, n° 124.)

[3] Ceci me rappelle le pari fait au sujet de la naissance de Marie-Antoinette. La princesse sa mère avait parié qu'elle aurait une fille, et un de ses amis qu'elle aurait un fils. Ce dernier, ayant perdu, adressa à la princesse ces jolis vers :

« Ho perduto; l'augusta figlia
» A pagar m' ha condannato.
» Ma s' egli è ver che vi somiglia,
» Tutt' il mondo ha guadagnato. »

[4] Scaccia, § 1, q. 1, n° 95.

[5] § 1, q. 1, n° 131.

[6] Mon *Comment. de la vente*, nos 204 et 205.

[7] *Supra*, n° 88, ce qu'en dit Straccha.

chète un coup de filet, c'est comme si j'achetais le poisson qui sera pêché. Il y a là une vente caractérisée par les trois éléments constitutifs : *res*, *pretium*, *consensus*. Du reste, point d'esprit contentieux dans ce contrat, point de sentiment d'obstination ou de provocation ; point de vainqueur ni de vaincu. Comment donc serait il possible de confondre une telle stipulation avec la gageure? A part le cachet aléatoire, qu'ont-ils de commun?

96. Si le pari a pour objet des jeux permis et encouragés par la loi, il prend un autre caractère, il devient digne de faveur ; le législateur n'y voit qu'un moyen honnête d'entretenir chez les joueurs une émulation louable.

Je trouve à cet égard un ancien arrêt qui mérite d'être cité.

Deux individus de Bordeaux avaient parié un tonneau de vin que l'un d'eux n'arriverait pas à la nage en un certain endroit. Le pari ayant été gagné, un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de mars 1607, ordonna au perdant de payer, bien qu'il s'y refusât et quoiqu'il n'y eût pas de gage consigné (2). Il s'agissait, en effet, d'un exercice qui entretient les forces du corps et rentre dans les cas prévus par l'art. 1966 du Code civil.

97. Les annales de l'ancienne jurisprudence font mention de beaucoup de paris puérils, et qui n'ont de remarquable que la frivolité des parieurs (2). La nouvelle, au contraire, nous montre le développement de combinaisons plus relevées et plus ingénieuses, et qui, appliquées aux variations du cours de certains objets de commerce, sont devenues un moyen systématique de jouer en grand. Ces paris sont ce qu'on appelle dans le style des spéculateurs, jouer sur les différences. Beaucoup de gens en font aujourd'hui métier. C'est une industrie bâtie sur le vent de la fortune. Elle enrichit en un jour ; elle ruine de même.

La plus notable de ces espèces de paris est celle qui a pour objet la hausse ou la baisse des fonds publics. Cette matière, quoique usuelle, est assez compliquée ; elle retentit tous les jours dans les tribunaux et y est l'objet de grandes et difficiles controverses. Nous essayerons de l'éclaircir, et si nous rencontrons sur notre chemin des préjugés consacrés par la jurisprudence, nous essayerons, avec la liberté qui nous caractérise, d'en signaler l'erreur, et de ramener les esprits à ce que nous croyons être la vérité.

98. Les paris sur les effets publics portent vulgairement le nom de *marchés à terme*. C'est déjà une première faute. L'expression est plus qu'impropre, elle est fausse. On doit les appeler *marchés fictifs*. Un marché à terme est quelque chose que la loi doit respecter, quand il est fait sérieusement. Pourquoi le confondre avec le marché fictif qui seul est l'instrument du jeu de bourse?

Il y a deux classes de joueurs sur les fonds publics, ceux qui opèrent en dehors de la bourse, ceux qui opèrent par le ministère des agents de change : tous se cachent derrière des marchés à terme fictifs.

99. Les premiers s'appellent coulissiers ; ils agissent directement entre eux sans intermédiaires.

La coulisse est une sorte de bourse au petit pied, tenue par des individus sans caractère et sans qualité pour négocier les effets publics, et dont le but unique est de parier sur les fonds. C'est là, c'est dans cette survivance de la rue Quincampoix, que règne le marché à terme fictif dans toute sa nudité : les coulissiers l'avouent et ne se donnent pas pour autre chose que pour des parieurs. Seulement, ils ont cru devoir adopter dans les formes de leurs opérations la couleur d'un marché à terme, qui leur a semblé plus honnête que celle d'un pari ordinaire. C'est une coquetterie de joueur et une affectation de bienséance pour faire illusion au public.

100. Voici le fond de tout cet artifice extérieur :

Deux personnes, voulant parier sur les fonds, simulent une vente et achat de rente avec un terme de livraison. Le vendeur n'a pas la rente qu'il vend, et ne veut rien vendre. L'acheteur n'a pas les fonds nécessaires pour en payer le prix, et ne veut rien acheter. Il n'y a de vente que dans le nom ; le réel de l'opération est un *alea*, qui a pour objet un bénéfice sur la hausse ou la baisse des effets publics, et qui se règle par une différence entre le cours du jour et de la

(1) Anton. ad leg. 5, Dig., *de præscript. verbis*. — Brillon, v° *Gageure*.

(2) Sur les femmes grosses, par exemple. Danty, p. 234.

vente et celui du jour où la livraison doit être faite.

Ainsi Pierre est censé vendre à Paul 3,000 fr. de rente 3 p. °/ₒ fin novembre à 70. Si à la fin de novembre le cours de la rente est 72, Pierre devra à Paul 2,000 fr. parce qu'à cette époque Paul est censé vendre à Pierre 3,000 fr. de rente à 72, et comme Pierre est déjà créancier de 70,000 fr. par suite du premier marché, il reste débiteur, toute compensation faite, de 2,000 fr.

101. On voit que, dans ces sortes de marchés, la hausse est un gain pour le prétendu acheteur, et c'est le prétendu vendeur qui paye la différence. La baisse est au contraire un gain pour le prétendu vendeur, et l'acheteur simulé paye la différence [1]; le premier joue à la baisse, le second joue à la hausse.

102. Telles sont les opérations de la coulisse et des coulissiers. Il n'y a pas à s'y méprendre, leurs marchés sont fictifs; tout se borne entre eux à un pari. Et comme le marché à terme sert de manteau à leurs spéculations hasardeuses, il est resté synonyme de jeu de bourse. Mais, en lui-même et en principe, le marché à terme est un contrat tout à fait licite quand il est sérieusement fait en bourse par les agents de change, ayant seuls qualité pour négocier les fonds publics. La liberté du commerce autorise à vendre ou à acheter, pour un terme plus ou moins reculé, les titres de rentes, comme toutes les autres choses ayant une valeur vénale. Un rentier peut vouloir profiter d'un moment favorable pour se défaire avec avantage de sa rente; mais il est en voyage et ne peut expédier son titre à son agent de change; ou bien, son titre est sous les scellés. Pourquoi ne pourrait-il pas vendre à terme? Pourquoi l'obligerait-on à attendre une baisse peut-être imminente? Un marché à terme n'est-il pas dans ce cas une chose licite? D'un autre côté, un capitaliste qui est assuré d'avoir une rentrée de fonds à la fin du mois, mais qui n'a pas aujourd'hui la somme nécessaire pour opérer un achat de rentes qu'il est de son intérêt de faire à l'instant même, doit-il nécessairement attendre que la rente ait haussé? Pourquoi ne pourrait-il pas profiter d'une circonstance opportune et acheter à terme? Dans tous ces cas, donc, et autres, que l'esprit entrevoit facilement, un marché à terme a en sa faveur les principes du droit, l'équité du fait et l'utilité commune; et il ne faut pas croire que les marchés à terme soient par eux-mêmes frappés de réprobation. Seulement, on en a abusé; la spéculation les a fait servir à de périlleuses manœuvres, et l'on s'est défié de leur sincérité.

103. C'est ce sentiment de défiance qui détermina un arrêt du conseil du 24 septembre 1724, lequel ne permettait en bourse que les seuls marchés au comptant. Le système de Law venait de s'écrouler au milieu de la ruine des familles; les souvenirs de l'agiotage le plus licencieux et le plus hardi étaient encore présents aux esprits consternés. Pendant tout le temps que la fureur du jeu avait remué cette masse énorme de papier-monnaie que le fameux système avait jeté sur la place, les opérations relatives aux négociations avaient été libres. La rue Quincampoix, l'hôtel de Soissons et la rue Saint-Martin, converties en places de banque, étaient le rendez-vous des aventuriers de toute espèce, qui s'immisçaient, sans caractère comme sans responsabilité, dans des opérations étrangères à leurs habitudes, et auxquelles ils n'apportaient, au lieu de prudence et de discernement, que la seule passion de faire fortune. En 1724, les temps étant devenus plus calmes et les idées plus rassises, le conseil du roi sentit la nécessité d'organiser la négociation des effets de commerce et des effets publics sur des bases propres à prévenir le retour de si déplorables abus. De là son arrêt du 24 septembre 1724 [2], qui établit la bourse comme le lieu consacré pour cette négociation [3], institue la compagnie des agents de change avec le privilége exclusif de présider à la vente des effets publics, et cela *pour en détruire les ventes simulées, qui en ont causé jusqu'à présent le discrédit* [4]. Toute négociation d'effets publics sans le ministère des agents de change est déclarée nulle [5].

D'après l'art. 29, tous les achats et ventes d'effets publics doivent mettre nécessairement en présence deux agents de change, l'un qui vend, l'autre qui achète; et, afin

[1] Frémery, p. 494, 495, et 426, 427.
[2] Il est tout entier dans Brillon, vº *Bourse*.
[3] Art. 1 et suiv.
[4] Art. 17.
[5] Art. 18.

de bannir radicalement le jeu des marchés simulés, il est ordonné [1] que les particuliers qui voudront acheter ou vendre lesdits effets remettront l'argent ou les effets aux agents de change avant l'heure de la bourse, sur leur reconnaissance, portant promesse de leur en rendre compte dans le jour, le tout à peine, contre les agents de change contrevenants, de destitution et de 3,000 livres d'amende.

L'art. 30 veut que lorsque les deux agents de change tombent d'accord, à la bourse, d'une négociation, ils se donnent réciproquement promesse par billet de se fournir dans le jour, savoir : par l'un, les effets négociés ; par l'autre, le prix desdits effets.

Enfin, les art. 26 et 30 exigent que la désignation spéciale des effets vendus soit consignée sur les livres des agents de change, et qu'elle se signale par un numéro qui sera reproduit sur les billets de négociation.

Du reste, les agents de change doivent taire le nom des parties, auxquelles ils sont tenus de garder un secret inviolable [2].

104. On voit par cet ensemble de mesures que les marchés à terme étaient rendus impossibles, et qu'il ne pouvait être fait que des marchés au comptant avec titres et deniers en main. La spéculation à la baisse, que l'on accusait d'avoir occasionné le discrédit des effets publics, restait entièrement désarmée [3]. Mais c'était aux dépens de la liberté des transactions que l'on faisait ce sacrifice à un intérêt de circonstance. On reconnaît là le caractère brusque et exagéré des mesures administratives sorties du ministère du cardinal Dubois [4]. Circonscrire les opérations de la bourse dans des opérations au comptant était une idée étroite, impraticable, inadmissible. C'était de la réaction.

105. Après cet arrêt du conseil, un long silence de la législation laisse la coutume commerciale organiser elle-même ses moyens d'action sur les effets publics. Il est d'autant plus probable que l'arrêt du conseil de 1724 sur les marchés au comptant ne survécut pas aux circonstances qui l'avaient fait naître, que dans des pays voisins fameux par leurs richesses et leur crédit, tels que la Hollande, les variations dans les cours des effets publics étaient l'objet d'importantes spéculations ouvertement admises et tolérées [5].

106. En 1785, sous le ministère de Calonne, les plaintes recommencèrent contre l'agiotage. Il paraît qu'en effet les coulissiers s'étaient organisés de nouveau dans les cafés et autres lieux publics, et là ils se livraient à leurs paris et à leurs compromis clandestins. Dans le sein même de la bourse, les manœuvres à la hausse et à la baisse, ayant les marchés à terme pour couleur apparente, amenèrent dans le cours des effets publics d'inquiétantes oscillations.

Si les événements eussent été à la hausse, Calonne n'en aurait probablement rien dit. Mais le crédit public était en baisse, comme les finances de l'État, comme les projets brillants mais légers du contrôleur général. Calonne s'émut. Il accusa l'agiotage de la baisse, qui tenait à des causes plus profondes, et obtint du conseil du roi un arrêt du 7 août 1785 [6], qui rappela plusieurs des mesures de 1724, et notamment la proscription de la coulisse et le privilége de la bourse et des agents de change ; puis, l'art. 6 déclare les agents de change garants et responsables *de la réalité des négociations* et de la vérité des signatures. L'art. 7 est ainsi conçu :

« Déclare nuls Sa Majesté les marchés et
» compromis d'effets royaux et autres quelconques *qui se feraient à terme* [7] *et sans li-*
» *vraison desdits effets, ou sans le dépôt réel*
» *d'iceux constaté par acte dûment contrôlé,*
» *au* MOMENT MÊME DE LA SIGNATURE *de l'enga-*
» *gement...* Défend très-expressément S. M.
» d'en faire de semblables à l'avenir, à peine
» de 24,000 livr. au profit du dénonciateur
» et d'être exclu pour toujours de l'entrée de
» la bourse ; ou, si c'étaient des banquiers,
» d'être rayés de la liste. »

107. Le sens de cet arrêt doit être bien

[1] Art. 29.

[2] Art. 36 et 26.

[3] Frémery, p. 496.

[4] De Sismondi, t. 27, p. 506, 507, 508.

[5] *Voy.* le préambule de l'arrêt du conseil du 7 août 1785.

[6] Le *Répert.* de Merlin, v° *Marché à terme*, le donne en entier.

[7] Le préambule donne cette définition des marchés à terme :

« Le roi est informé que depuis quelque temps il s'est
» introduit dans la capitale un genre de marchés ou de
» compromis aussi dangereux pour les vendeurs que
» pour les acheteurs, par lesquels l'un s'engage à four-
» nir, à des termes éloignés, des effets qu'il n'a pas, et
» l'autre se soumet à les payer sans en avoir les fonds,
» avec réserve de pouvoir exiger la livraison avant l'é-
» chéance, moyennant l'escompte ; que ces engagements
» sont dépourvus *de cause et de réalité*, etc., etc. »

saisi. Le conseil partait de ce point de fait, à savoir, que, par le moyen des marchés à terme, les spéculateurs en étaient arrivés à vendre plus d'effets publics qu'il n'en existait réellement [1]. On cite en effet un abbé d'Espagnac qui avait accaparé toutes les actions existantes de la nouvelle compagnie des Indes, au nombre de 40,000, et qui en avait même acheté 8,655 de plus qu'il n'y en avait en réalité [2]. Ces manœuvres étaient un véritable abus; le crédit en était affecté. Et comme, d'après un principe constant en matière de vente, on ne peut pas vendre ce qui n'a pas d'existence possible et ce qu'on est dans l'impossibilité de livrer, on s'attachait à ce principe, on le généralisait pour lier les mains aux vendeurs; et du haut d'une vérité incontestable, dont on faisait une application forcée à tous les cas de marché à terme, on disait :

Pour pouvoir vendre un effet public, il ne suffira pas d'en être acquéreur ou propriétaire, il faudra encore, afin d'éviter les fraudes, l'avoir en sa possession effective; il faudra même qu'à l'instant précis de la vente on le remette corporellement aux mains de l'acheteur, ou que du moins on représente à celui-ci un acte authentique constatant que cet effet était réellement consigné dans un dépôt quelconque [3]; sinon, peine de 24,000 francs d'amende, exclusion de la bourse et radiation.

Une mesure de cette gravité aurait pu porter le plus grand préjudice à des intérêts sérieux, si elle s'était étendue sur le passé. Le roi avait donc ordonné, par ce même arrêt, que tous les marchés antérieurs auraient leur exécution, à condition cependant de les faire contrôler dans les huit jours par le premier commis des finances, et de livrer ou déposer dans les trois mois les effets dont la livraison aurait été promise.

108. Le travail du premier commis des finances prouva qu'on s'était exagéré le mal, et que l'état des choses n'était pas aussi effrayant que l'imagination l'avait dépeint.

109. Néanmoins, un second arrêt du conseil du 2 octobre suivant, crut devoir proscrire de plus fort les marchés fictifs, et voici les expressions dont il se sert; je les cite parce qu'on y voit les moyens par lesquels les marchés à terme cherchaient à se défendre, et les raisons qu'on leur opposait pour les condamner. « Sa Majesté ne peut admettre... qu'il soit permis de tendre des » pléges à la foi publique, *en vendant ce qu'on » n'a pas, ce qu'on ne peut pas livrer, ce qui » même n'existe pas* [4]; il est évident que si » de pareilles ventes sont nulles par elles-» mêmes, elles sont surtout intolérables » lorsqu'elles portent sur les effets publics, » lorsqu'elles violent toutes les règles prescrites pour leur négociation; lorsque sur » *leurs bases fictives* s'accumulent successivement une foule d'engagements et de billets illusoires... Faire envisager ces marchés comme n'étant en définitive QUE DES » PARIS *sur le cours éventuel de la place, ce » n'est pas les légitimer*. Quand il serait permis de supposer que la vigilance du souverain, qui s'étend jusque sur la conservation des fortunes des sujets, dût fermer » les yeux *sur toute espèce de jeux et de paris*, » pourrait-elle souffrir que leur licence, *se » déguisant sous un faux titre, prît les caractères d'un contrat de vente, en dénaturât les » conditions, et portât le trouble et la confusion » dans les effets royaux?* »

110. On voit par là que c'était surtout sur les marchés fictifs que se portait l'animadversion du conseil, et que si ces marchés cherchaient à se légitimer, ce n'était pas à titre de ventes sérieuses, mais à titre de pari, le pari ayant à cette époque, aux yeux de plusieurs jurisconsultes, des effets juridiques dont le Code civil l'a privé.

111. Mais le conseil reconnut aussi qu'à côté de ces marchés fictifs, il y avait des marchés qui, bien que n'étant pas au comptant comme le voulaient l'arrêt du conseil de 1724 et l'arrêt du 7 août 1785, étaient cependant sérieux et de bonne foi. C'est ce dont on fut obligé de convenir aussitôt qu'on eut regardé de plus près ces transactions si nombreuses qui occupaient la bourse, et dont la pensée et le but étaient si variés. Dans un premier moment de panique, on avait vu partout de la fraude et du jeu. Avec plus d'expérience, on trouva des spéculations licites sous ce mouvement qu'on

[1] *Voy.* le préambule de l'arrêt du conseil du 2 octobre suivant.
[2] Mollot, n° 313.
[3] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Effets publics*, § 1, p. 570, col. 1.

[4] Allusion à l'idée que la somme des ventes excédait la somme des effets publics existants.

avait imprudemment qualifié d'agiotage.

Tout en s'élevant donc avec force contre les paris, l'arrêt du conseil du 2 octobre adoucit la portée de l'art. 7 de l'arrêt du 7 août précédent, en disant, dans l'art. 6 : « Entend Sa Majesté qu'il pourra être suppléé au susdit dépôt (le dépôt réel prescrit » pour vendre un effet public) *par ceux qui,* » *étant constamment propriétaires des effets* » *qu'ils voudront vendre,* ET NE LES AYANT PAS » ALORS ENTRE LES MAINS, *deposeraient chez un* » *notaire les pièces probantes de leur libre pro-* » *priété.* »

112. Que résulte-t-il de là ?

C'est que les marchés à terme, prohibés jusqu'alors si absolument, sont permis dans une certaine mesure ; c'est que l'on autorise celui qui justifie qu'il est propriétaire d'effets publics, mais qui ne les a pas en main, à les vendre pour ne les livrer qu'à une époque ultérieure et quand ils lui seront rentrés ; c'est que la bourse n'est plus exclusivement restreinte aux marchés au comptant, avec les titres d'un côté et l'argent de l'autre, tels qu'ils étaient réglés par l'arrêt du conseil de 1724 [1]. C'est que cet arrêt du conseil n'est plus jugé en harmonie avec les besoins du commerce et les usages des grandes places. Il est certain, en effet, que, dans les plus grandes bourses de commerce des pays étrangers, les marchés à terme à deux mois de livraison étaient reconnus légitimes [2] ! Seulement, le roi veut que les marchés à terme soient sérieux ; il veut qu'ils ne portent que sur des titres dont on est propriétaire et dont on entend réellement opérer la vente ; il veut que ce ne soit pas une couleur pour se livrer à des paris hasardeux.

113. Cette concession était grande ; elle avait son mérite. Mais était-elle suffisante ? Ne renfermait-elle pas dans un cercle trop restreint le nombre des marchés sérieux ? Pourquoi exiger d'une manière si restrictive que le vendeur justifie de son droit de propriété au moment de l'engagement ? Est-ce que le commerce n'agit pas tous les jours sur des choses qu'on ne possède pas, pourvu que leur caractère vénal donne la possibilité de les avoir à l'époque de la livraison ? N'était-ce pas une idée fausse, en droit commercial, que d'avancer gravement qu'on *ne peut pas vendre ce qu'on n'a pas?* Et qu'est-ce autre chose que le commerce, sinon une spéculation presque continuelle sur la chose d'autrui ?

Toutes ces objections sont vraies. Mais le conseil du roi frémissait à la seule pensée de l'agiotage ; il était poursuivi par la crainte que les ventes n'excédassent la quantité d'effets publics vendus ; et, tout en accordant quelque chose aux marchés à terme, il les enchaînait par les liens les plus étroits et les limites les plus sévères.

114. Que gagnait-on cependant à ces mesures méticuleuses? Rien absolument. On gênait les spéculateurs sérieux, sans tenir captifs les joueurs, véritables protées qui échappaient à toutes les entraves. Ils inventèrent donc de nouveaux moyens, et eurent recours à des reconnaissances concertées, à des dépôts fictifs, à des contre-lettres, etc., etc.

115. Nouvel arrêt du conseil du 22 septembre 1786, qui ajoute aux prohibitions précédentes celle de ne faire aucun marché d'effets publics dont la livraison se trouverait différée au delà de deux mois, à l'instar de ce qui se passait sur les bourses étrangères [3].

116. Cependant l'agiotage continuait : un dernier arrêt du conseil du 14 juillet 1787 renouvelle les règlements contre les marchés illicites et ceux qui y participent.

117. Ainsi donc, en même temps que de sévères prohibitions s'étendent sur la bourse, les marchés à terme sont permis sous la double condition que le terme de livraison n'excédera pas deux mois et que le vendeur prouvera sa propriété par pièces probantes. Du côté de l'acheteur, aucune condition particulière n'est exigée. On n'annule pas le marché parce qu'il n'a pas déposé les fonds. On semble reconnaître que puisqu'il y a terme pour livrer, il y a aussi crédit pour payer.

Tels sont les monuments que nous a laissés l'ancien droit sur les spéculations aléa-

[1] Les arrêts du conseil de 1785, 1786 et 1787 ne défendent pas d'une manière absolue tout marché à terme d'effets publics ; ils n'ont pour objet que d'atteindre et frapper de nullité les conventions déguisées qui, sous l'apparence d'une vente réelle, ne cachent qu'un jeu de bourse ou pari sur la hausse ou sur la baisse des fonds publics. (Br. cass., 4 juin 1840 ; *J. de Br.*, 1841, p. 366.) — *Voy.* plus bas nos 140 et suiv.

[2] Préambule de l'arrêt du conseil du 22 sept. 1786. — Merlin (*loc. cit.*)

[3] Merlin (*loc. cit.*).

toires dont les effets publics peuvent être l'objet.

118. Il faut remarquer que les arrêts du conseil dont on vient de voir les dispositions ne furent pas revêtus de lettres patentes et enregistrés au parlement; mais comme ils n'étaient que le développement d'un édit du mois de janvier 1723, ils rentraient dans les pouvoirs constitutionnels du conseil d'État et avaient force légale obligatoire [1].

119. La législation nouvelle a-t-elle été conçue suivant des idées analogues? Cette question mérite un sérieux examen.

Un décret du 8 mai 1791 maintint les agents de change dans leurs fonctions pour les exercer conformément aux anciens règlements.

120. La loi du 28 vendémiaire an 4 déclare nulles pour le passé et pour l'avenir les *ventes fictives* d'effets publics, et spécialement les marchés à terme ou à prime, *déjà interdits par de précédentes lois* [2]. Ces dernières expressions sont remarquables; en donnant une nouvelle vie aux arrêts du conseil dont nous avons présenté le tableau, en se référant à leurs dispositions, elles prouvent que le législateur n'a pas voulu revenir aux prohibitions absolues de 1724, mais que les marchés à terme ne sont proscrits qu'en tant qu'ils cachent une fiction et ne remplissent pas les conditions des arrêts du conseil de 1785 et 1786.

121. Comment se fait-il cependant qu'un arrêté du gouvernement du 27 prairial an 10 ait déclaré (art. 13) que l'agent de change, *devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend, ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète*, est responsable de la livraison ou du payement de ce qu'il a vendu ou acheté? Est-ce que, dans les marchés à terme, ces circonstances peuvent nécessairement se réaliser?

Voici l'explication : Sans doute, le vendeur à terme ne peut pas remettre à l'agent de change les titres *qu'il n'a pas entre les mains*, pour me servir des expressions de l'arrêt du conseil du 2 octobre 1785; mais l'agent de change doit mettre sa responsabilité à couvert en exigeant la preuve de la propriété. Sans doute, encore, l'acheteur ne pourra pas remettre à l'agent de change la totalité de la somme nécessaire pour faire l'achat, puisqu'il n'achète à terme que parce qu'il ne l'a pas. Mais l'agent de change devra exiger une couverture.

122. Enfin, viennent les art. 419, 421, 422, qui punissent sévèrement les jeux de bourse ou paris. L'art. 422 les définit ainsi : « Sera réputée pari *toute convention de vendre ou de livrer des effets publics* qui ne seront pas prouvés par *le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.* »

123. Il faut s'arrêter ici quelques instants, et montrer la différence qui existe entre ces articles du Code pénal, et les arrêts du conseil qui annulent les marchés fictifs.

A quels caractères les arrêts du conseil de 1785 et 1786 reconnaissent-ils un marché à terme fictif et sans valeur légale? A deux caractères: à la promesse de livrer à un délai excédant deux mois; au défaut de dépôt des titres ou des pièces probantes de la propriété au moment où s'opère le marché. Mais les art. 421 et 422 du Code pén. reposent sur des données moins étroites. Ils font consister le délit dans la convention de livrer avec la connaissance qu'on ne pourra pas la tenir [3]; cette impossibilité du spéculateur est pour eux la preuve qu'il jouait à la baisse et faisait fraude au crédit de l'État, et elle s'apprécie, non pas par l'impossibilité de justifier, au moment de la signature de l'engagement, de la libre disposition des effets vendus, mais par l'impossibilité d'en démontrer la libre disposition au temps de la livraison. Le vendeur seul est puni, parce que c'est lui qui joue à la baisse. L'acheteur, qui joue à la hausse, n'est pas atteint.

124. En y réfléchissant, il est clair que

[1] C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par divers arrêts rapportés par Merlin, *Repert.*, vº *Marché à terme*, § 2, nº 2. Dans ses *Questions de droit*, à ce mot, p. 569, Merlin avait pensé que ces arrêts du conseil n'avaient eu force exécutoire qu'à partir de la loi du 28 ventôse an 4. Mais une note de lui reconnaît cette erreur (p. 569, *loc. cit.*), et il renvoie à son *Repertoire*, qui contient les arrêts de la cour de cassat. des 26 août 1791 et 27 novembre 1811, qui se sont prononcés pour la légalité des susdits arrêts du conseil.

[2] Ch. 2, art. 4. — Les marchés à terme sont de deux espèces. Les marchés *fermes*, qui doivent être exécutés par les deux parties au terme convenu; les marchés *à prime*, lesquels, au moyen d'une prime payée comptant par l'acheteur, peuvent se résoudre à sa volonté, en déclarant qu'il abandonne la *prime* au vendeur. (Mollot, *Bourses de commerce*, nº 127.)

[3] *Théorie du Code penal*, par Chauveau et F. Hélie, t. 5, p. 556.

les art. 421 et 422 du Code pén. ont voulu étendre le cercle des marchés à terme, et rentrer dans les vrais principes du droit commercial, dont les arrêts du conseil de 1785 et 1786 s'étaient écartés. En effet, en droit commercial, où la vente de la chose d'autrui est permise, le mouvement des affaires fait naître à chaque instant des ventes dans lesquelles le vendeur n'a pas la propriété de la chose vendue. Mais qu'importe, puisqu'il pourra toujours acheter cette chose qui est vénale, et, par là, en fournir livraison à l'époque convenue? Pourquoi donc défendre à un banquier, non propriétaire d'effets publics, d'en vendre, à la bourse d'aujourd'hui (par exemple), une certaine quantité livrable à deux mois, et qu'il achètera dans cet intervalle? Pourquoi une telle opération, valable sur toute espèce de marchandise, toiles, draps, calicots, sucres, etc., etc., serait-elle illicite sur les effets publics? Le Code pénal n'a-t-il pas entendu, dès lors, ramener les marchés d'effets publics à cette pratique, par la définition que l'art. 422 donne des paris et jeux de bourse?

125. Cette conclusion deviendrait d'autant plus probable, si l'on voulait bien remarquer que les arrêts du conseil de 1785 et 1786 n'avaient exigé la formalité du dépôt au moment de la vente que dans la crainte exagérée de voir les ventes d'effets publics s'élever au delà même de ce qui existait en réalité de ces effets. C'est pourquoi on voulait en quelque sorte voir et toucher ce qui était vendu; sans quoi la fraude était soupçonnée, et avec elle tous les inconvénients qu'on attachait à une masse d'engagements supérieure à ce qu'il était possible de livrer aux acheteurs. Mais aujourd'hui, avec l'immense extension de notre grand-livre, la crainte d'un tel danger (fort exagérée du reste dans l'ancien régime, comme le reconnaît l'arrêt du conseil du 2 octobre 1785), serait tout à fait ridicule, et il n'est pas étonnant que l'art. 422 du Code pén. ait refusé d'attacher une idée de fraude au défaut de dépôt au moment de la vente, et qu'il se soit contenté de rechercher la position et la solvabilité du vendeur au moment de la livraison.

Je sais que les actions des chemins de fer et des compagnies industrielles pourraient plus facilement donner prise à ces manœuvres renouvelées de l'abbé d'Espagnac. Mais ce n'est pas de ces valeurs que le Code pénal s'est préoccupé; et d'ailleurs l'attention des tribunaux pourra toujours purger les conventions dont elles sont l'objet de tout élément contraire aux principes essentiels de la vente.

Malgré ces raisons, la jurisprudence a établi dans plusieurs arrêts que l'ordre d'idées prévu par l'art. 422 du Code pénal ne doit pas être confondu avec la nullité prononcée par les arrêts du conseil de 1785 et 1786; que ces arrêts statuent sur des actes civils, tandis que l'art. 422 caractérise un fait punissable; qu'un marché à terme peut être nul en vertu des arrêts du conseil, et n'être pas un délit aux yeux de l'art. 422 du Code pén.!

Et cependant a-t-on oublié que ces arrêts de 1785 et 1786 sont aussi des dispositions répressives; que celui du 7 août 1785, dont les autres ne sont que la conséquence et le développement, punissait de 24,000 livr. d'amende les paris sur les effets publics; que la nullité civile de ces paris n'était que la suite nécessaire de leur caractère délictueux? Partant de là, n'est-il pas logique de reconnaître que le Code pénal, ayant modifié et atténué les conditions du délit, a pour conséquence virtuelle d'avoir changé les conditions de la nullité civile, et que le marché n'est réputé pari, de plein droit, que lorsque se réalisent, non plus les circonstances des arrêts du conseil de 1785 et 1786, mais celles de l'art. 422 du Code pén.?

126. Cette opinion, que l'on a un instant attribuée à Merlin, et qu'il a désavouée [1], je la prends pour bonne et je la maintiens.

Toutefois, entendons-nous.

Je ne prétends pas infirmer la jurisprudence, en tant que, pénétrant dans les faits d'une cause, elle reconnaît dans ces faits que le marché à terme n'était, d'après l'intention des parties, qu'un marché fictif. En ce point, la jurisprudence est souveraine; elle use de son droit; elle est dans le vrai. Mais ce que je veux dire, c'est que les présomptions *juris et de jure*, qui, indépendamment de la volonté des parties, font tenir un marché à terme pour nul de droit, existent, non pas dans les arrêts du conseil de 1785 et 1786 combinés avec l'art. 422 du Code pén., mais dans cet article même.

127. Voyons de près cette jurisprudence des arrêts; elle est très-intéressante et très-utile à étudier. Jusqu'en 1823, les disposi-

[1] Voy. *Répert.* et *Q. de droit*, v° *Marché à terme.*

tions législatives dont on vient de voir l'enchaînement n'avaient pas troublé d'une manière sensible la sécurité de la bourse. Des fins de non-recevoir ou des circonstances particulières avaient fermé la bouche à ceux qui se refusaient à tenir leurs promesses [1]. Mais, en 1823, la fameuse affaire Perdonnet contre Forbin-Janson donna un avertissement éclatant ; et la jurisprudence prit une attitude contre laquelle l'opinion des financiers et la coutume commerciale n'ont pas cessé de protester [2].

Le comte de Forbin-Janson jouait à la hausse à la bourse de Paris. Le 8 septembre 1822 et le 2 janvier 1823, Perdonnet, son agent de change, acheta par son ordre et pour son compte 150,000 francs de rentes sur l'État, livrables et payables fin janvier 1823, ou plutôt à sa volonté. On a vu ci-dessus, par la définition des marchés fictifs donnée par l'arrêt du conseil du 27 août 1785, que cette clause, de pouvoir exiger la livraison à volonté, avant l'échéance, est familière dans ces compromis.

Ces rentes, achetées au taux moyen de 89 fr., subirent une effrayante dépréciation. A la fin de janvier, Perdonnet fit sommation à Forbin-Janson de lui remettre la somme nécessaire pour payer le capital de ces 150,000 fr. de rentes, ou bien, s'il ne voulait pas en prendre livraison, de l'autoriser à les revendre à la bourse du 1er février. Forbin-Janson donna cet ordre ; la revente eut lieu. Il en résulta une différence de 341,325 francs, à la charge du joueur à la hausse, si fortement trompé dans ses calculs.

Forbin-Jansou approuva le résultat de cette liquidation, et, pour s'acquitter, il autorisa Perdonnet à vendre 300 actions du canal de Bourgogne, qu'il avait déposées entre ses mains à titre de gage ou *couverture*. Cette vente ne produisit que 60,326 fr., en sorte que Forbin-Janson était encore débiteur de 281,000 francs.

Condamné par corps par le tribunal de commerce de Paris à payer cette somme, Forbin-Janson appela devant la cour royale de Paris, et se prévalut de la nullité, prononcée par les arrêts du conseil, des jeux et paris de bourse.

Perdonnet soutint au contraire que tout était sérieux et régulier dans ce qui s'était passé entre Forbin-Janson et lui, et que d'ailleurs les ratifications de ce dernier auraient couvert la nullité, s'il y en avait eu une [3].

Là-dessus, 9 août 1823, arrêt de la cour royale de Paris, rendu en audience solennelle, qui considère que, depuis l'établissement des bourses de commerce, la volonté constante du législateur a été de prévenir les conséquences désastreuses des paris sur les variations des cours des effets publics ; « que, dans les marchés à terme, le caractère du pari se manifeste principalement » par la circonstance *que la livraison des effets vendus n'a pas été faite entre les mains de l'agent de change, ou que le dépôt des mêmes effets n'a pas été régulièrement constaté au moment même de la signature de l'engagement* [4] ; »

Que, dès lors, les marchés en question ayant le caractère de pari ne peuvent trouver dans des ratifications ultérieures le principe d'une action en justice ;

Qu'au surplus, l'agent de change, devant toujours avoir les mains garnies au moment où il opère pour son client, ne peut avoir d'action contre ce dernier [5] ;

Qu'il est de la plus haute importance pour la paix des familles de maintenir la stricte exécution des lois et règlements en cette matière ;

Qu'en fait, l'intention de Forbin-Janson était de jouer sur les différences des cours ; que cela résulte de la correspondance [6] ; que Perdonnet ne l'a pas ignoré, et qu'il n'a jamais acquis pour son client une certaine quantité de rentes déterminées et désignées par un numéro d'ordre, et qu'il n'a jamais

[1] *Voy.* l'arrêt du 23 floréal an 9, rapporté par Merlin. (*Q. de droit*, vo *Effets publics*. p. 576.)

[2] *Voy.* cet arrêt dans Dalloz, vo *Effets publics*, et surtout dans son ancienne collection, 24, 1, 307. C'est la meilleure notice de cette affaire. — Merlin, *Répert.*, vo *Marché à terme*.

[3] *Voy.* Br. cass., 4 juin 1840 ; *J. de Br.*, 1841, p. 367.

[4] Par là on aperçoit que la cour s'en tient à la définition de l'arrêt du conseil de 1785.

[5] C'est là une erreur évidente. Un agent de change qui, dans une opération licite, fait crédit à son client, a certainement action contre lui. C'est ce que la cour de Paris elle-même a reconnu dans un arrêt inédit du 6 mai 1825, rapporté par Mollot. (*Bourses de commerce*, no 152) — *Voy.* aussi Br., cass., 4 juin 1840 ; *J. de Br.*, 1841, p. 367.

[6] En effet, une lettre de Forbin-Janson contient ces mots : « Jamais on n'a dit à la bourse que j'aie fait attendre une *différence*. » — Merlin, *Répert.*, t. 17, vo *Marché à terme*, § 2, p. 83.

sommé son client d'en venir prendre livraison [1].

128. Cet arrêt est motivé en droit et en fait. Mais à quoi bon cette théorie sur les marchés à terme en général (théorie mêlée de vrai et de faux), dans une espèce où la cour tirait des circonstances de la cause la preuve que Forbin-Janson n'était qu'un joueur, que son agent de change n'avait rien acheté de sérieux à la bourse, que tout s'était borné à des paris qui avaient été perdus? Lorsqu'une telle physionomie était donnée à la cause, quelle nécessité y avait-il de recourir aux présomptions posées par les arrêts du conseil de 1785 et 1786? Car enfin ce n'était pas en vertu de ces présomptions que l'action de Perdonnet était déclarée non recevable. En l'absence de toute législation sur la négociation des effets publics, il n'y a pas de cour royale qui pût valider comme marchés sérieux des opérations qui, dans l'intention des parties, ne seraient que des paris se résolvant en *différences*.

129. Perdonnet se pourvut en cassation. Son intérêt était de couvrir les faits d'un voile qui les fît oublier, et de discuter, au point de vue du droit et de la coutume financière, la théorie des marchés à terme. Il le fit avec talent. Voici le résumé de ses principaux moyens :

Les arrêts du conseil qui prohibent les marchés à terme n'ont jamais été exécutés [2].

D'ailleurs, ils n'ont pas été enregistrés au parlement [3].

Les marchés à terme sont autorisés par l'art. 1583 du Code civ. De plus, le Code de comm. n'a pas réitéré les prescriptions des anciens arrêts (art. 90, Code de comm.).

Les art. 421 et 422 du Code pén. établissent avec précision ce qu'on doit entendre par pari sur la hausse et sur la baisse, et le marché fait avec Forbin-Janson ne rentre pas dans ce cas.

Ces articles exigent le concours de deux circonstances : 1° que les effets vendus ne soient pas à la disposition du vendeur; 2° qu'ils ne doivent pas s'y trouver au temps de la livraison, de telle sorte que le vendeur et l'acheteur conviennent de se régler entre eux par une différence.

Tel n'est pas le marché fait avec Forbin-Janson. Le vendeur était obligé à livrer, et l'acheteur pouvait exiger la livraison à son bon plaisir, le terme n'ayant été accordé que dans son intérêt. Rien de fictif dans tout cela. Aussitôt que l'acheteur l'exige, le marché est suivi d'une réalisation parfaite. C'est ainsi qu'on procède toujours à la bourse de Paris, et l'acheteur a le droit de convertir son marché à terme en marché au comptant. On peut même assurer qu'à vrai dire, il n'y a pas de marché à terme à la bourse de Paris; que tous les marchés sont au comptant, sauf le droit accordé à l'acheteur de suspendre la réalisation jusqu'au moment où l'acheteur aura réuni les fonds nécessaires pour payer.

Perdonnet ajoutait que depuis trente ans ces ventes sont en usage; qu'elles se font à la criée, au vu et su du gouvernement; qu'un décret du roi de Naples, du 18 mai 1824, les autorise formellement.

D'ailleurs, ajoutait-il, en supposant que les marchés à terme soient nuls, cette nullité ne doit opérer qu'entre le vendeur et l'acheteur. Mais, moi, agent de change, je ne suis qu'un mandataire. J'ai agi par ordre et pour compte. Je dois avoir l'action *mandati*.

Enfin, il y a ratification formelle de la part de Forbin-Janson.

Perdonnet terminait par des considérations empruntées aux nouveaux besoins du crédit, qui ne saurait se passer des marchés à terme. Il invoquait le témoignage de M. de Villèle, président du conseil [4].

130. Ces moyens étaient habilement et fortement présentés. Mais tous devaient échouer devant les déclarations de l'arrêt qui établissaient que Forbin-Janson n'avait entendu qu'opérer sur des différences, et que Perdonnet n'avait pas sérieusement et réellement acheté; qu'il n'avait été que l'instrument complaisant d'un pari.

Le pourvoi devait donc être rejeté; il le fut par arrêt de la chambre civile du 11 août 1824.

131. Mais cet arrêt, si facile à motiver par la couleur que le fait avait prise entre les mains de la cour royale de Paris, contient à son tour une dissertation juridique sur la

[1] Je fais remarquer que cet arrêt n'est pas rapporté d'une manière identique dans Dalloz et dans Merlin. Devilleneuve suit la version de Merlin, 7, 2, 255. C'est celle de Dalloz qui est la vraie.

[2] Erreur. Ils l'ont été. Forbin-Janson citait dans sa défense un arrêt du conseil du 17 mai 1786, rendu en exécution d'iceux. (Dalloz, *Effets publics*. p. 434.)

[3] C'était inutile. Voy. *supra*.

[4] Disc. à la chambre des députés du 30 avril 1824.

matière des marchés à terme; l'inutilité de ce dogmatisme nuit à la justesse des conclusions.

L'arrêt établit que, d'après les arrêts du conseil des 7 août, 2 octobre 1785 et 22 septembre 1786, les marchés à terme d'effets publics sont nuls lorsque le dépôt de ces effets, ou les formalités qui peuvent y suppléer, aux termes desdits règlements, n'ont pas été exécutés;

Que la prohibition de ces sortes de marchés est reproduite et par conséquent maintenue par la loi du 28 vendémiaire an 4;

Que l'art. 90 du Code de comm. ne les a pas abrogées; car il se borne à donner au gouvernement le droit de faire des règlements d'administration publique sur la négociation des effets publics, mais il ne révoque nullement les règlements qui existent à ce sujet;

Que l'art. 422 du Code pénal n'y déroge pas non plus; qu'il statue sur un délit, tandis que les arrêts du conseil n'ont en vue qu'une nullité de contrat [1];

Qu'en fait il est établi que Forbin-Janson voulait jouer sur les différences, et que Perdonnet ne l'ignorait pas;

Qu'il n'est pas plus permis aux agents de change qu'à leurs clients de concourir à des opérations de ce genre, et qu'ils ne peuvent pas plus que ces derniers demander l'exécution de pareils actes;

Que les ratifications de Forbin-Janson n'ont pu couvrir une nullité d'ordre public [2].

Le même jour, un autre arrêt de la même cour porta une décision semblable dans l'affaire des sieurs Mussard, Augé et Sandrié, agents de change, contre Coutte [3].

132. Ainsi, dans une espèce où la cour de cassation reconnaît expressément qu'il a été jugé en fait d'une manière souveraine, par les juges de la cause, *que les marchés n'étaient pas sérieux*, elle se livre gratuitement au développement des principes du droit, et pose d'une manière générale que le dépôt est nécessaire pour la validité des marchés à terme; que le Code pénal n'a pas dérogé aux arrêts du conseil de 1785 et 1786; que la bourse d'aujourd'hui doit s'en tenir aux errements naissants et arriérés de la bourse du XVIII[e] siècle! Est-ce donc dans un arrêt de cette nature qu'on peut trouver cette certitude doctrinale qui ne s'attache qu'aux décisions rendues sur une question de droit par laquelle les faits ont nécessairement contraint le juge de passer?

Quant à moi, quoique aussi opposé que qui que ce soit aux paris aventureux dont les effets publics sont l'objet, je ne puis croire, toutefois, que la règle des marchés à terme soit dans les arrêts du conseil de 1785 et 1786, et je suis convaincu qu'entre le système de 1785 et 1786 et celui de 1810, qui tous les deux définissent les jeux de bourse, en posent les caractères et les conditions, en punissent la pratique, la préférence appartient au système de 1810; parce que, statuant sur les mêmes faits que le système de 1785 et 1786, il est parti de définitions, de conditions et de peines différentes, et que les lois postérieures dérogent aux anciennes. Et puis, ma raison n'admet pas que, dans une matière toute commerciale, il soit possible de mépriser aussi ouvertement les règles élémentaires du droit commercial, et de confondre les marchés sérieux, dictés par la seule spéculation, avec des paris téméraires et de mauvaises et coupables pratiques. Convient-on, oui ou non, que les rentes sont et peuvent être une matière à opérations commerciales, comme toutes les marchandises quelconques? Eh! que deviendrait notre crédit si l'on cantonnait les opérations de la bourse dans les marchés au comptant, et si l'on en chassait la spéculation, qu'il ne faut pas confondre avec le jeu? Dans l'espace d'un moment, vous verriez la rente s'affaisser sous le poids de la baisse, les capitaux disparaître, l'intérêt de l'argent, dont le régulateur est à la bourse, s'élever, et le gouvernement chercher en vain les moyens d'emprunter à des conditions avantageuses. Aussi n'y a-t-il pas un ministre des finances qui ne regarde les spéculations sur les fonds publics comme les auxiliaires du crédit et les soutiens du régulier et haut cours de nos rentes [4].

---

[1] Autre arrêt conf. en ce point, req., rejet, 2 mai 1827. (Dalloz, 27, 1, 227. Sirey, 27, 450.) Paris, 26 août 1823. (Dalloz, *Effets publics*, p. 433, note.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Marché à terme*, t. 17. — Dalloz, v° *Effets publics*, p. 437.

[3] Dalloz, *loc. cit.*, note.

[4] *Parère sur les marchés à terme signé en* 1824.

Fr. 10,000 de rente 5 p. % à 100 fr. 50. Fr. 201,000,

Le trente et un octobre prochain, ou plutôt à volonté, je transférerai à M... la somme de dix mille francs de

133. C'est ce qui faisait dire à de Villèle, à la séance de la chambre des députés du 30 avril 1824 : « Nul doute que l'agiotage » n'ait ses inconvénients et ses dangers. Mais » comment, avec la nécessité que nous im- » pose notre système financier de soutenir » le crédit public pour se ménager la faculté » d'emprunter dans des cas extraordinaires, » comment, dis-je, est-il possible de ne pas » concevoir une nature d'effets publics qui » ne donne pas prise à l'agiotage? Qu'est-ce » qui produit l'agiotage? Ce sont les deux » chances de hausse et de baisse. Si vous » tuez ces chances, vous tuez le crédit. On » ne peut tuer l'agiotage qu'en renonçant » au système de crédit adopté, qu'en étei- » gnant la dette. Mais tant qu'on sentira la » nécessité de recourir à des emprunts, il » faudra bien conserver tous les moyens de » crédit. »

134. Or, dès l'instant qu'il est admis que la rente est une matière à spéculation, une matière de commerce, à chaque instant vénale, par quel renversement d'idées veut-on que les mêmes négociations qui sont permises sur tous les objets qu'embrasse le commerce n'atteignent pas les rentes et les effets publics? Un marchand qui a confiance dans la baisse prochaine des sucres ou des huiles vend au prix d'aujourd'hui une partie de ces objets à livrer à deux mois. Il n'en est pas nanti ; mais il les achètera pour l'époque de la livraison, et le bénéfice de cette opération consistera à avoir vendu au moment de la hausse ce qu'il achètera pour livrer au moment de la baisse. De son côté, l'acheteur, qui croit à la hausse des matières d'épicerie, les achète au taux actuel pour les mettre dans le mouvement de ses affaires, alors que le prix en sera plus élevé. Voilà un marché à terme comme il s'en fait tous les jours, comme il s'en est fait sans cesse depuis que l'on trafique, et jamais il n'est venu dans la pensée de qui que ce soit de voir des manœuvres immorales, des jeux ou des paris dans ces spéculations qui sont l'âme du commerce, et qui ont rendu populaire dans la jurisprudence ce proverbe légal : *Mercatores consueverunt futura prognosticari* [1].

Pourquoi donc de telles combinaisons seraient-elles condamnables en s'appliquant aux effets publics? Pourquoi donc Pierre, banquier, qui suppose que la rente baissera

---

rente, 5 p. % consolidés, contre le payement qu'il me fera de la somme de deux cent et un mille francs.

Fait double à Paris, ce... *Signé...*

Nous, banquiers, négociants, commerçants et capitalistes soussignés,

Certifions,

1° Que la formule d'engagement énoncée ci-dessus est la seule en usage pour les opérations faites à la bourse, sous la désignation de marchés *fermes*, ou opérations à *terme ;*

2° Que, dans toutes ces opérations, sans en excepter aucune, le vendeur seul accorde terme à l'acheteur, et que celui-ci peut se faire livrer les effets par lui achetés, à sa première réquisition ;

3° Que les marchés dont il s'agit se liquident par la livraison des effets vendus, soit qu'ils existent dans les mains du vendeur au moment où la livraison est exigée par l'acheteur, soit *que le vendeur les fasse acheter pour en opérer la livraison ;*

4° Que, dans tous les cas, il y a toujours, d'un côté, l'achat d'une chose qui doit être payée, et de l'autre la vente d'une chose qui doit être livrée ; ce qui ne permet pas d'envisager ces sortes d'opérations comme des paris sur le cours des effets publics ;

5° Que les marchés à terme, appelés *marchés fermes*, tels qu'ils sont en usage aujourd'hui à la bourse de Paris, c'est-à-dire restreints au terme de soixante jours, et soumis à la condition de la livraison anticipée lorsqu'elle est réclamée par l'acheteur, sont également dans l'intérêt du gouvernement et du commerce :

Du gouvernement, parce que l'État ne pourrait faire les négociations de rente nécessitées par le système de finances adopté maintenant, sans le secours de ces sortes de marchés, et cependant le système de finances, basé sur le crédit, est une des conditions principales de la force et de la puissance des gouvernements modernes ;

Du commerce, parce que ces marchés donnent aux porteurs de rentes un moyen certain, expéditif et peu onéreux de se procurer, aussitôt qu'ils le veulent, les fonds dont ils ont besoin, en donnant pour garantie ces mêmes rentes : que, d'un autre côté, les capitalistes y trouvent le moyen de placer leurs fonds pour aussi peu de temps qu'ils le veulent, et avec la certitude d'y rentrer à leur volonté. Ainsi, d'un côté, les rentes deviennent un véritable signe représentatif et augmentent la masse des capitaux, et, de l'autre, tous les capitaux inactifs trouvent un emploi d'autant et d'aussi peu de durée qu'il convient à leurs possesseurs. Cette augmentation de signe représentatif et de capitaux circulants tend nécessairement à en faire baisser le prix, c'est-à-dire l'intérêt, et par là rend au commerce le plus utile de tous les services.

Par ces motifs, les soussignés estiment que les marchés dont il est ici question sont indispensables dans la situation présente de la France, et que la jurisprudence adoptée par la cour royale (qui s'appuie sur d'anciens arrêts du conseil, rendus à une époque et dans des circonstances qui ne peuvent être assimilées en aucune manière à celle où nous nous trouvons) est en opposition avec les véritables intérêts politiques et commerciaux de notre pays.

Signés J. Laffitte, Mallet frères, Rougemont de Lowenberg, Périer frères, Pillet-Will, Guérin de Foncin, L. Durand, J. Lefebvre, Dechapeaurouge, César de la Panouze, Gontard, J. P. Chevals, Arduin-Hubbard, Oppermann, Mandrot, Thuret, Jonas Hagermann, André Cottier, A. Vassal. A. Odier, J. A. Blanc-Colin, J. G. Caccia, Gabriel Odier, J. Labat, etc., etc.

[1] Scaccia, *De mercatura*, § 1, q. 1, n° 89.

dans quelque temps, ne pourrait-il pas vendre au cours d'aujourd'hui, 30 janvier 1842, 20,000 fr. de rentes 5 p. °/o livrables à deux mois, et que, suivant ses calculs, il achètera en baisse fin de mars pour les livrer? Pourquoi exiger qu'il soit nanti au moment de la vente de l'inscription de 20,000 fr. de rente, et qu'il la dépose? N'est-ce pas là une fâcheuse entrave aux opérations commerciales qui portent sur les effets publics? N'est-il pas absurde (je ne dis rien de trop) de prétendre que le marché de Pierre n'est pas sérieux, parce qu'au moment de l'engagement il n'est pas propriétaire de ces 20,000 fr. de rente? Sans doute, ce marché ne sera pas sérieux si Pierre n'a jamais eu l'intention de livrer, et si son acheteur n'a pas eu l'intention de prendre livraison! Mais si tout, au contraire, vous indique dans les faits une volonté sérieuse de fournir et de recevoir, de quel droit érigez-vous en présomption *juris et de jure* d'illicite spéculation la circonstance que le vendeur n'était pas propriétaire quand il a vendu? Comme si le commerce ne vivait pas en grande partie de la vente de la chose d'autrui! De quel droit surtout méprisez-vous les enseignements de l'art. 422 du Code pén., plus intelligent que cette vieille jurisprudence des arrêts du conseil, basée tout entière sur des hypothèses désormais impossibles, sur des terreurs dont il nous est permis de sourire, sur des quiproquo avoués par les conseillers d'État eux-mêmes de Calonne?

135. Mais, dit-on, puisque l'art. 422 du Code pénal n'a pas abrogé explicitement les arrêts du conseil de 1785 et de 1786, on ne saurait donc alléguer qu'une abrogation implicite. Or, il n'y a, en droit, d'abrogation implicite qu'autant que deux dispositions législatives sont inconciliables, et il n'est pas inconciliable d'annuler, d'une part, le marché à terme sans dépôt, et de punir, de l'autre, la personne du vendeur, lorsqu'à la circonstance du défaut de dépôt se joint celle qu'il ne pouvait avoir la libre disposition de la chose vendue à l'époque de la livraison. Les arrêts du conseil, ajoute-t-on, *ne prononcent* QUE DANS UN INTÉRÊT PUREMENT CIVIL SUR L'ACTE PASSÉ ENTRE LES PARTIES, *et le Code pénal, qui n'avait à s'occuper ni de cet acte ni de cet intérêt, ne prononce, dans le cas qu'il prévoit, que sur la personne des contractants.*

Quand je m'arrête devant un si étrange considérant, je suis tenté de croire que j'ai mal lu les arrêts du conseil de 1785 et 1786. Je m'accuse d'inadvertance, et je lis de nouveau ces débris d'un système de transition. Mais bientôt la surprise fait place à la défiance de moi-même, et le reproche se trouve rétorqué. Comment! ces arrêts ne prononcent *que* dans un intérêt *purement* civil, sur l'acte passé entre les parties! Et cependant j'y trouve : « Défend très-expressément Sa Majesté d'en » faire de semblables à l'avenir, à peine de » 24,000 livr. d'amende au profit du dénon- » ciateur, et d'être exclu pour toujours de » l'entrée de la bourse. » Est-ce là ce qu'on appelle ne prononcer *que* dans un intérêt *purement* civil, sur l'acte passé entre les parties, tandis que le Code pénal seul prononce sur la personne des contractants?

136. La vérité est que les arrêts du conseil de 1785 et 1786 sont le vrai Code pénal de l'ancien régime sur les jeux de bourse, et qu'ils sont abrogés en cette partie par le Code pénal de 1810, qui a entendu régler la même matière. C'est, de part et d'autre, la même pensée, procédant sur des faits identiques, mais les envisageant d'un autre *point* de vue. Voulez-vous la définition du pari de bourse? elle vous est donnée par le préambule de l'arrêt du 7 août 1785 et par son art. 7 [1]. Mais est-ce celle-là que l'on trouve dans l'art. 422 du Code pén.? La définition de ce dernier article n'est-elle pas différente? Soutiendra-t-on par hasard qu'il y a deux sortes de paris illicites, et que la dernière définition ne renverse pas l'autre?

137. Puis voulez-vous la peine? elle est écrite dans les arrêts du conseil. Or, encore une fois, est-ce celle-là que le Code pénal a édictée?

138. Eh bien donc, il faut le reconnaître, tout a été changé : condition du délit, peine du délit. Et l'on voudrait exhumer cette lettre morte et l'accoler à la lettre vivante de la loi nouvelle!

139. Après cela, que signifie l'importance qu'on attache à la nullité de l'acte spécialement prononcée par les arrêts du conseil de 1785 et 1786? C'est comme jeux de bourse, comme *paris sur le cours éventuel de la place* [2], qu'ils sont annulés. Mais si, aux

[1] *Supra*, n° 108.

[2] Expression de l'arrêt du conseil du 2 oct. 1785. Il faut le lier avec celui du 7 août.

yeux des lois qui ont suivi, ce ne sont plus des jeux de bourse et des paris, la nullité ne tombe-t-elle pas d'elle-même?

140. Dans une espèce comme celle de l'arrêt Forbin-Janson, où le jeu était prouvé par la correspondance et par les faits, on pouvait se donner libre carrière pour accabler par tous les moyens des plaideurs peu favorables. Mais supposons qu'au lieu de ce cas, on se fût trouvé en présence des faits qui suivent, aurait-on été aussi facile pour ouvrir l'accès aux arrêts du conseil?

Le 8 mai 1786, Borel, de Genève, écrit à Enfantin, son correspondant à Paris : « J'ai des actions des nouvelles Indes; ce qui se passe à Lorient doit nécessairement les faire hausser. Faites-les-moi vendre tout de suite pour les livrer le 10 du mois de juillet suivant, époque à laquelle j'en ai la libre disposition. »

Le 19 mars ces actions sont vendues à de Resnel. Mais Borel en refuse livraison sous divers prétextes, et Resnel les fait saisir entre les mains des détenteurs.

Quoi! parce que Borel n'aura pas déposé ses actions de la manière voulue par les arrêts du conseil de 1785 et 1786, on dira qu'il y a présomption *juris et de jure* d'un jeu de bourse!

On l'a dit, on l'a même jugé sous l'empire des arrêts du conseil de 1785 et 1786 [1], et l'on devait le juger ainsi. Mais, depuis l'art. 422 du Code pénal, quel tribunal adoptera un système si favorable à la mauvaise foi, si contraire au crédit, si absurde dans son principe, si faux dans ses conséquences?

C'est cependant jusque-là qu'il faudrait aller si les arrêts du conseil de 1785 et 1786 sont encore en vigueur [2]!

141. Non, cela n'est pas possible. Qu'on repousse comme jeux de bourse les marchés prétendus à terme, dans lesquels le vendeur n'a ni volonté ni possibilité de fournir livraison; qu'on écarte aussi ceux où l'acheteur n'est pas mû par l'intention de la prendre; rien de mieux [3]. Mais respect aux marchés de bonne foi, déterminés par une volonté positive de vendre ou d'acheter, alors même que le vendeur n'aurait pas été possesseur des effets au moment de la vente, et qu'il ne serait en mesure de justifier de sa propriété qu'au moment de la livraison [4].

142. Au surplus, la jurisprudence semble depuis quelques années s'être un peu relâchée de ses rigueurs. Elle est portée à reconnaître que la formalité du dépôt, exigée par les arrêts du conseil, est une formalité gênante, inconciliable avec la rapidité de la négociation des rentes, et chargée d'un droit d'enregistrement considérable [5]. Des arrêts ont validé des marchés à terme qui n'avaient pas été accompagnés de la formalité imposée par les arrêts du conseil, mais qui avaient été faits sérieusement et de bonne foi [6]. On s'attache moins à des formalités sacramentelles qu'à la sincérité des parties

---

(1) Arrêt de la cour de cass. du 27 nov. 1811. (*Répert.*, de Merlin, vo *Marché à terme*, § 2, no 2.)

(2) L'art. 422 du Code pén., sur les marchés à terme d'effets publics, est aussi bien applicable aux effets publics étrangers qu'aux effets publics nationaux.

Les marchés à terme qui tombent dans la disposition pénale de l'article cité ne confèrent aucun droit aux parties, dans leur intérêt privé, et ne peuvent servir de fondement à une action en justice.

Le vendeur ne peut échapper à la nullité résultant de l'art. 422, en prouvant qu'au temps de la livraison les effets publics ont existé à sa disposition.

Il doit prouver que le jour même de la vente il existait déjà quelque chose, par suite de quoi il devait, pour le jour de la livraison, devenir possesseur des effets qu'il n'avait point encore. (Br., 30 mars 1826; *J. de Br.*, 1826, 2, 89. *J. du* XIXe *s.*, 1827, 3, 3. Dalloz, 28, 432.)

Les arrêts de l'ancien conseil du roi de France, des 7 août, 2 oct. 1785, 22 sept. 1786 et 14 juillet 1787, qui déclaraient nuls les marchés à terme d'effets publics, lorsque les formalités qui y étaient prescrites n'auraient pas été observées, n'ont pas reçu force de loi dans la Belgique.

Notre législation sur les marchés à terme d'effets publics se réduit aux seules dispositions des art. 421 et 422 du Code pén. encore en vigueur.

En conséquence, la vente à terme d'effets publics est valable, et donne au vendeur une action en justice, s'il prouve que les fonds publics par lui vendus ont existé à sa disposition au temps de la convention (Br., 30 mars 1826; *J. de Br.*, 1826, 2, 82. Dalloz, 12, 428 et 432.)

Mais *voy.* la note au no 112.

La convention qui traite de l'achat et vente d'effets publics sur une puissance étrangère, et dont la livraison doit se faire à un certain taux, et à une époque déterminée, n'est pas un pari sur la hausse et la baisse, proscrit par les art. 1965 du Code civ., 419, 421 et 422 du Code pén. (Br., 16 avril 1816; *J. de Br.*, 1816, 1, 292. Dalloz, 12, 432.)

(3) Paris, 11 juin 1834. (Dalloz, 34, 2, 228.)

(4) Mollot, *Bourses de commerce*, no 319.

(5) Lorsqu'il est constaté que le vendeur de fonds publics avait en sa possession, au moment de la vente, les actions qu'il s'était engagé à livrer, l'opération doit être considérée comme sérieuse, et ne peut être réputée jeu de bourse. (Br. cass., 11 nov. 1839; *Bull.*, 41, 102. *Voy.* Br., 7 avril 1827, et 30 mars 1826; *J. de Br.*, 1826, 2, 89. Carnot, sur l'art. 422, Code pén.)

(6) Dalloz, 32, 2, 150. — Devill., 32, 2, 293. — Mollot, no 323, et Frémery, p. 502. — Arg. d'un arrêt de la cour royale de Paris du 21 mars 1825, rapporté par Mollot, no 341.

contractantes et aux faits et circonstances de la cause [1]. Enfin les jurisconsultes sont d'accord pour enseigner qu'on peut suppléer à cette exigence superstitieuse du dépôt par des preuves quelconques que le vendeur à terme avait la propriété des effets vendus et les tenait à la disposition de l'acheteur [2].

143. Ce retour vers la vérité est digne d'attention. Il montre des intentions progressives et intelligentes. Mais, pour qu'il soit complet, il faut que l'on reconnaisse et que l'on proclame avec fermeté que la preuve de possession ou de propriété au moment de la vente n'est pas nécessaire; qu'il suffit d'une intention sincère et loyale de vendre et d'acheter, et de la possibilité sérieuse de livrer à l'échéance. La jurisprudence est maîtresse d'atteindre ce dernier progrès; elle y tend, elle en est voisine [3]. Qu'elle persiste à se montrer supérieure à quelques préjugés, et à ne pas méconnaître le véritable sens de l'art. 422 du Code pén.

144. Par imitation du dépôt exigé de la part du vendeur, on avait eu l'idée de demander à l'acheteur qu'il fût nanti des fonds au moment de l'achat.

La prétention était singulière. Pourquoi l'acheteur achète-t-il à terme? Précisément pour ne pas payer comptant. Et s'il ne doit pas payer comptant, pourquoi exigerait-on de lui quelque chose avant l'échéance? Si une telle recherche avait pu avoir un sens sous l'empire du système primitif qui n'admettait limitativement que des marchés au comptant, elle ne serait qu'une intolérable et absurde inquisition sous l'empire des marchés à terme autorisés : elle a donc été proscrite [4].

145. Il importe même assez peu que, par l'événement, l'acheteur soit dans l'impossibilité de tenir à l'échéance la promesse qu'il a faite originairement d'une manière sérieuse et de bonne foi. Le sort des contrats ne saurait dépendre ainsi de la merci des circonstances [5]; l'agent de change qui aurait acheté pour son client, voulant faire un traité réel et étranger à toute idée de pari, aurait certainement action contre lui pour se faire rembourser de son découvert [6].

146. En un mot, soit que l'on considère le vendeur, soit qu'on considère l'acheteur, la preuve du pari ne dépend d'aucune présomption *juris et de jure*, ni d'aucune formalité sacramentelle. Elle est abandonnée à la sagesse du juge, qui examine les faits, pèse la moralité des personnes, et se prononce suivant l'exigence des cas.

147. On sent, du reste, que l'état des facultés pécuniaires des parties au moment du contrat est un grand indice. Si un vendeur se livre à des ventes au-dessus de ses moyens, il est vraisemblable que la livraison ne l'inquiète guère et qu'il ne court qu'après des différences. Si un acheteur fait des achats qui excèdent évidemment ses facultés, les mêmes présomptions planent sur lui, et l'agent de change qui, connaissant sa situation, lui prête son ministère et lui fait des avances, est sans action contre lui [7].

148. Toutefois, gardons-nous de croire que toute opération qui, en fait, se liquide par une *différence*, soit nécessairement un jeu de bourse. Une distinction est nécessaire. Si la différence est l'objet unique que la partie s'était proposé de poursuivre *a priori*, elle a voulu jouer; la livraison à faire ou à recevoir n'était rien pour elle. Elle n'avait en vue que le prix d'un pari.

149. Mais si la *différence* n'est que le moyen employé accidentellement, pour forcer la partie à tenir les engagements dont elle se dédit de mauvaise foi, il en est tout autrement. Par exemple : Pierre charge son agent de change de lui acheter, au cours du 1er mai 1840, 5,000 fr. de rentes à livrer le 1er juin. L'agent de change achète; puis Pierre refuse de prendre livraison. Que fera l'agent de change? Restera-t-il à découvert, lui qui est responsable envers son confrère vendeur? Non! il laissera revendre la rente aux risques et périls du client par l'agent de change vendeur [8], et la différence qu'il aura été obligé de payer à celui-ci, il pourra recouvrer par une action contre son commettant. Bien que le marché se ré-

[1] Cass., req., 30 nov. 1842. (Devill., 43, 1, 898.)— *Voy.* ci-après ce que je dis du report qui comprend un marché à terme sans dépôt.

[2] Mollot, *loc. cit.*

[3] L'arrêt du 30 nov. 1842, précité, confirme un arrêt de la cour royale de Paris qui valide un marché à terme où il n'est pas question de la propriété du vendeur au moment de l'engagement.

[4] Paris, 9 juin 1836. (Devill., 37, 2, 86.)

[5] Même arrêt.

[6] *Id.*, et *voy.* plus haut n° 127, p. 266, note 3.

[7] Paris, 11 juin 1834. (Dalloz, 34, 2, 228.)

[8] Mollot, n° 153.

solve ici en une *différence*, il n'y aura rien d'illicite dans l'opération. La différence n'était pas le but ; elle n'est qu'un moyen de contrainte accidentel.

150. Il y a à la bourse une spéculation fort commune, c'est le *report*. Est-elle un pari ? a-t-elle la sanction d'une action en justice ?

Voyons d'abord en quoi elle consiste.

Pierre achète au comptant une certaine quantité de rentes, et il la revend sur-le-champ à terme, parce qu'à mesure que la rente marche vers l'échéance, elle se grossit jour par jour de l'intérêt du semestre, et que la rente vendue fin de mois a par cela même un prix plus élevé que la rente vendue comptant. La différence qui existe entre le prix de l'achat au comptant et de la vente à terme forme le report, qui est le bénéfice de cette opération.

Par là, on aperçoit tout de suite que le report n'est pas un jeu. C'est une sorte de placement à intérêt. Rien n'y est aventureux ou illicite. L'achat est sérieux ; il transfère la propriété. La revente ne l'est pas moins ; d'une part, la certitude de la propriété sur la tête du revendeur est si évidente, qu'on n'a jamais pensé à appliquer ici la formalité du dépôt imaginée par les arrêts du conseil de 1785 et 1786 ; de l'autre, cette revente fait passer tous les risques de baisse du côté de l'acheteur. *Res perit domino*. Tout se réduit, encore une fois, à un prêt à intérêt que l'on opère sous forme d'achat et revente [1].

Le report est extrêmement utile. Il lie les marchés au comptant avec les marchés à terme ; il porte sur les fonds publics une masse considérable de capitaux, qui leur donne un mouvement continuel. Frémery, après avoir décrit les combinaisons qui le font venir en aide à une foule de spéculations, l'appelle très-bien *la clef du système des opérations de la bourse*. Il est pratiqué par les personnes les plus étrangères aux jeux de bourse, les plus ennemies de l'agiotage. Il procure un placement commode aux capitalistes qui ont pour peu de temps, dans leur caisse, des fonds qu'il ne convient pas de laisser sans emploi. Aussi, la jurisprudence a-t-elle su le distinguer des marchés fictifs, et elle en a prononcé la validité [2].

151. Après les détails dans lesquels nous sommes entré sur les opérations de la bourse, on aperçoit que les marchés fictifs sont les seuls qu'il soit permis de considérer comme des paris sur la hausse et la baisse. Soit qu'ils se fassent dans la coulisse entre personnes sans caractère, soit qu'ils se négocient à la bourse entre agents de change, ils ne produisent pas d'action en justice [3], et ce qui a été payé n'est pas sujet à répétition, d'après l'art. 1967 du Code civil. Mais les marchés à terme sérieux, faits de bonne foi, doivent être exécutés, abstraction faite de toute formalité, condition et dépôt. Le vendeur doit être contraint à livrer. L'acheteur doit être forcé à prendre livraison. Cela est si vrai, que le roi de Naples, par décret du 18 mai 1824, art. 6, a décidé ce qui suit : « Ceux qui, ayant contracté des achats et ventes de rentes inscrites sur le grand-livre, manqueraient d'exécuter respectivement la remise du prix ou des extraits d'inscription, dans le terme convenu, seront considérés, par le seul fait du retard, comme banqueroutiers, et punis par le second degré d'emprisonnement, et par l'interdiction des actes de commerce pour un temps qui ne pourra être moins de deux ans, etc., etc. [4]. »

Et quant à ces marchés, en eux-mêmes, bien qu'ils soient le plus souvent des spéculations, il ne faut pas les confondre avec le jeu, les frapper d'une défaveur irréfléchie, les flétrir du nom d'agiotage, de manœuvre ténébreuses, et autres qui attestent plutôt l'injustice ou l'ignorance de ceux qui les emploient que le caractère illicite des faits auxquels on les adresse. Les marchés à terme faits de bonne foi et dans une intention sérieuse sont licites. Ils sont l'œuvre de spéculations légitimes qui rentrent dans les données élémentaires du commerce. Ils sont utiles à l'État dont ils maintiennent le crédit par une lutte incessante entre la hausse et la baisse, lutte qui balance les chances de la fortune, et préserve les cours de brusques et redoutables oscillations. Ces marchés attirent les capitaux vers les effets publics ; ils en font une marchandise, dont la valeur s'accroît par la spéculation, et prend un essor que les marchés au comptant sont incapables de donner. Ils sont l'âme des reports qui of-

[1] Mollot, n° 338.—Frémery, p. 475, expose à merveille toutes les ingénieuses combinaisons des reports. — Vincent, t. 1, p. 615 et 616.

[2] Paris, 21 mars 1825. — *Pasicrisie*. — Consultez Mollot, n° 341, et le parère du commerce de Paris, dans le même, p. 341 et 342.

[3] Merlin, *Répert.*, t. 17, v° *Marché à terme*, n° 6.

[4] Dalloz, v° *Effets publics*, p. 436, note.

frent au commerce et aux capitalistes des occasions faciles d'employer leur argent pour aussi peu de temps qu'il convient. En entretenant l'activité du marché, qui serait presque toujours oisif s'il était réduit aux opérations au comptant, ils permettent aux possesseurs de rente de réaliser à chaque instant leur capital à des cours soutenus par la concurrence; ils transforment la rente en un véritable signe représentatif qui augmente la masse des capitaux. Voilà les effets heureux des marchés à terme. Les tribunaux s'engageraient dans la plus fausse route, s'ils tournaient contre eux des idées empruntées à des époques qui ne sont plus les nôtres. De vieilles décisions, ouvrage désespéré d'une administration ignorante des véritables notions du crédit, ne sauraient être la règle des nouveaux intérêts politiques et commerciaux de notre pays.

152. Mais revenons aux marchés fictifs, qu'il ne faut pas confondre avec les marchés à terme, et qui sont les véritables instruments des paris.

Le jeu, qui sait tirer parti de toutes les incertitudes du sort pour en faire la matière de ses aventureuses prévisions, le jeu ne s'est pas seulement porté sur les fonds publics; il s'est aussi exercé sur toutes les marchandises qui sont sujettes à de notables variations; et là encore, sous forme de marchés à terme, il a introduit la gageure. On peut citer les vins, les esprits, les huiles, etc. Toutes les fois que les magistrats ont aperçu, à travers les dehors trompeurs de ventes à terme, des paris déguisés, c'est-à-dire des opérations de nature à se résoudre nécessairement en *différences* par l'effet de la volonté originaire des parties, ils n'ont pas hésité à en prononcer la nullité [1].

Mais si, au contraire, il est résulté des circonstances que le marché à terme est une vente réelle, obligeant à la livraison, toujours il a été maintenu [2].

Ajoutons qu'à cet égard, les juges ont la plus grande latitude d'appréciation, et qu'ils ne sont pas gênés, comme dans la matière des effets publics, par les arrêts du conseil de 1785 et 1786, entièrement étrangers à tout ce qui n'est pas effets publics. Nul prétexte, par conséquent, d'introduire ici la formalité du dépôt et de sortir exceptionnellement des règles fondamentales de la vente commerciale. Tout se traduit en questions de bonne foi, et en appréciations d'actes laissés à l'arbitraire du juge.

153. Après les paris sur le cours des effets publics et des marchandises, il faut parler des paris sur la vie de l'homme, qui dans l'ancienne jurisprudence portaient ordinairement le nom d'assurances sur la vie, et qu'il ne faut pas confondre avec le contrat assez répandu de nos jours, et qu'on appelle assurance sur la vie.

154. D'abord, qu'est-ce que l'assurance sur la vie?

C'est un contrat par lequel un assureur, moyennant une somme fixe, ou une prime annuelle qu'il reçoit, s'engage à fournir un capital ou une rente payable soit aux héritiers du stipulant, à l'époque de son décès, soit au stipulant lui-même lors du décès d'un tiers. L'assurance, dans ce cas, a pour but de préserver les personnes survivantes des dommages que le décès du stipulant pourrait leur occasionner. Elle a un but moral et utile [3]; elle n'a aucun rapport avec les gageures et les paris; l'indemnité qu'elle assure aux personnes qui éprouvent un dommage par le décès d'un individu leur ôte toute couleur de jeu et de spéculation illicite. Voila pourquoi Marshal, pour faire ressortir le trait qui les distingue des gageures, les appelle *contrats d'indemnité* [4].

155. Ainsi, si j'ai un débiteur qui ne peut me payer ce qu'il me doit que par son travail, ou par les revenus viagers dont il jouit, je prends une assurance contre les effets dommageables que sa mort peut me causer, et, moyennant une prime que je débourse, l'assureur se charge de m'assurer mon remboursement en cas de décès de ce débiteur [5].

Marshal nous apprend qu'une assurance de cette espèce fut prise sur la vie du *très-honorable* William Pitt par un carrossier,

[1] Bordeaux, 28 août 1826. (Dallos, 27, 2, 36.)

[2] Montpellier, 29 sept. 1827. *Pasicrisie*. — Cass., req., 29 nov. 1836. (Dev., 37, 1, 453.)

[3] Inst. du ministre de l'intérieur du 11 juillet 1818. « Ce genre de contrat est même plus digne de protection » que le contrat de rente viagère; c'est un sentiment » bienveillant et généreux qui porte le souscripteur à » s'imposer des sacrifices annuels, pour assurer aux objets de son affection une aisance dont sa mort pourrait » les priver. »

[4] Cet auteur anglais a fait un traité des assurances sur la vie.

[5] Scaccia donne un exemple de cette espèce d'assurance, § 3, gl. 3, n° 32.

son créancier [1]. On sait que Pitt mourut insolvable et que le parlement anglais vota les sommes nécessaires pour payer ses dettes.

156. C'est encore une assurance sur la vie quand Pierre, qui n'a qu'une profession lucrative, le négoce, la marine, le barreau, sans autre fortune immobilière ou mobilière, craignant que son décès ne prive de moyens d'existence François, son parent, qu'il soutient, ou Titia, son épouse, traite avec un assureur qui, moyennant une somme une fois acquittée, ou moyennant une prime annuelle, payera, au décès de ce même Pierre, un capital ou une rente à François ou à Titia [2].

157. On voit sans peine qu'il y a ici un risque sérieux, un dommage réel à craindre, une indemnité à prévoir, et par conséquent toutes les conditions d'une assurance [3].

158. Ce système d'assurance était connu dans l'ancien droit. L'Italie le pratiquait depuis longtemps [4]; l'Angleterre surtout en avait fait des applications sur une grande échelle [5]. Il s'introduisit en France au XVIIIe siècle, malgré l'ordonnance de la marine qui défendait de faire aucune assurance sur la vie des personnes [6]. On avait pensé que ce n'était pas aux assurances dont nous parlons que l'ordonnance s'adressait, et qu'elle n'avait voulu proscrire que les gageures téméraires et immorales sur la vie des hommes, gageures fréquentes à une certaine époque et qui édifiaient des spéculations mercantiles sur l'événement de la mort d'un individu.

159. Voici quelques exemples de ces gageures :

Titius envoie son fils en Amérique, et il convient avec une compagnie d'assurance qu'il lui payera une prime de tant, à condition que si ce fils vient à périr dans la traversée, la compagnie payera à lui, Titius, une somme de 10,000 pour l'indemniser de cette perte [7].

Or, il est évident qu'un tel contrat est contre l'honnêteté ; de plus, on ne saurait le qualifier sérieusement de contrat d'assurance ; car le contrat d'assurance a pour but de procurer la valeur de la chose assurée, et ici ce qu'on assure c'est la vie d'un homme, qui n'est pas susceptible d'estimation [8]. Qu'y a-t-il donc là dedans? une gageure, moyennant laquelle l'un parie que le voyageur n'arrivera pas, et paye tant s'il arrive, tandis que l'autre parie qu'il arrivera, et paye tant s'il n'arrive pas [9].

160. Autre cas donné par Roccus. Si tel seigneur meurt dans cette année, vous me promettez 10; s'il ne meurt pas, je vous promets 100. Roccus appelle cela une assurance. *Vitam hominis assecurari etiam potest; ut puta, si talis dominus moriatur in hoc anno, promittis mihi decem, et si non moriatur, ego promitto tibi centum* [10]. Mais ce n'est qu'un pari [11], et Roccus lui-même semble l'avouer [12].

161. Mais voyons d'autres espèces données par Scaccia; il les ramène à la nature de paris *super periculo vitæ* [13].

Je vous prête 1,000 à condition que si vous ou moi nous mourons dans dix ans, ces 1,000 seront à vous ou à vos héritiers, et que si nous survivons tous les deux, vous me rendrez 1,050. Qu'est-ce autre chose qu'une gageure?

162. Je vous prête 100 à condition que si je meurs dans dix ans, vous gagnerez ces 100; mais si je survis, vous me rendrez ces 100 et 100 autres. C'est un contrat de pari, dit Scaccia [14]; il ne faut pas y voir un prêt à intérêt proprement dit.

163. En voici un autre : Titius, voulant faire le voyage de Rome, donne 100 à Caïus, à condition que s'il revient dans deux ans sain et sauf dans sa patrie, Caïus lui rendra 124, sinon Caïus gardera la somme. Ces traités, dit Scaccia, sont fort pratiqués en Allemagne, en Angleterre et autres lieux [15],

---

[1] P. 401.

[2] Il existe en Angleterre une compagnie d'assurance sur la vie, au profit des veuves (Marshal, p. 407).

[3] Le contrat d'assurance sur la vie est nul lorsque celui sur la tête duquel il reposait était, à la connaissance de l'assuré, affecté d'une maladie mortelle. (Br., 9 nov. 1839 ; *J. de Br.*, 1840, 26.)

[4] Scaccia, *loc. cit.* — Au § 1, q. 1, n° 142, Scaccia donne une formule de cette assurance.

[5] *Voy.* le traité précité des assurances sur la vie des hommes, par Samuel Marshal ; il a été traduit de l'anglais et imprimé à la suite du traité des *Assurances terrestres* de Quesnault.

[6] Liv. 3, tit. 6, art. 10.— *Voy.* Valin, sur cet art., t. 2, p. 54 — Émérigon, t. 1, p. 98.

[7] Pothier, *Assurances*, 27.

[8] L. 3, Dig., *si quadrupes.*

[9] Émérigon, t. 1, p. 198.

[10] *Resp. leg.*, note 74.

[11] Émérigon, *loc. cit.*

[12] Nos 73 et 74.

[13] Scaccia, § 1, q. 1. n° 97.

[14] *Id.*

[15] *Id.*, n° 98.

Mais le nom d'assurance dont ils se décorent ne les empêche pas de tomber dans la classe des paris [1]. Ce sont ces traités que l'ordonnance de la marine avait en vue, quand elle défendait les assurances sur la vie. Scaccia fait de nombreux efforts pour en prouver la légalité; car j'ai déjà dit que le pari était, à ses yeux, un contrat licite en soi, et cette opinion était dominante en Italie [2]. Il termine sa dissertation par cette question, qui lui semble décisive :

164. Puisque ces contrats dépendent d'un événement incertain (*pendent a fortuna*), pourquoi soutenons-nous qu'ils sont permis, alors que le jeu de hasard est défendu? C'est, dit-il, que, dans ces contrats, la fortune a les mains liées, *ligatas habet manus* [3]; elle ne peut faire perdre que le capital exposé spontanément; tandis que le jeu entraîne les joueurs dans des routes indéfinies, et qu'il n'y a pas de raison pour s'arrêter. Pour mon compte, je doute fort que ces raisons soient convaincantes. Notre ancien droit les repoussait comme insuffisantes; il était surtout frappé du triste augure de ces gageures qui spéculaient sur la mort des personnes; et comme elles n'avaient aucune utilité marquée, il les prohibait. Elles ne sont pas plus acceptables aujourd'hui.

165. Mais, encore une fois, gardons-nous de confondre avec ces contrats aléatoires, fondés sur le caprice et la bizarrerie, les vraies assurances sur la vie, lesquelles sont des contrats d'indemnité [4] pour des risques sérieux, et qui se distinguent dès lors des paris par les caractères les plus éclatants. L'assurance sur la vie est un contrat qui fraternise avec l'assurance maritime et l'assurance contre l'incendie. De même qu'en cas d'assurance contre l'incendie, la police d'assurance garantit une indemnité à l'assuré, de même, si un homme meurt dans un temps donné, l'assurance sur la vie garantit à ceux qui lui survivent un capital qui les indemnise de la perte que ce décès a occasionnée à leurs intérêts pécuniaires. L'assurance sur la vie n'a pas la prétention de réparer la perte irréparable de la vie d'une personne chère; elle ne tarife pas ce qui n'a pas de prix. Mais elle pèse les intérêts pécuniaires blessés; elle leur porte un soulagement et guérit leur souffrance. Elle est permise tout autant que l'assurance contre l'incendie et les risques de mer, et, malgré quelques doutes élevés un instant dans les esprits, personne n'en conteste plus aujourd'hui la légalité [5].

166. Au contraire, dans les paris sur la vie des hommes, rien de pareil ne se rencontre; il n'y a pas de dommage dont la réparation préoccupe les parties; c'est un gain qu'on veut faire sur un événement sinistre; on donne un prix à un hasard et on s'abandonne sans nécessité aux caprices du sort.

167. Mais prenons garde que l'assurance sur la vie, s'écartant des principes essentiels du contrat d'assurance, ne dégénère en un pari.

C'est ce qui arriverait si on prenait une assurance sur la vie d'une personne sans avoir aucun intérêt à la durée de son existence. Marshal nous apprend que de telles assurances, inventées par le désir de jouer, furent déclarées n'être que des paris par un statut de George III [6]. Elles s'éloignent, en effet, du véritable esprit de l'assurance sur la vie, qui n'est qu'un contrat d'indemnité, et ne saurait par conséquent se rencontrer là où, n'y ayant pas d'intérêt appréciable, il n'y a pas d'intérêt en souffrance. Je suis étonné de trouver des principes contraires dans un arrêt de la cour de Limoges du 2 décembre 1836 [7]. Vainement cette cour dit-elle qu'une assurance faite sans intérêt à la vie n'est pas un pari, parce que dans un pari il n'y a de profit que pour une seule partie, celle qui gagne, tandis qu'ici il y a profit pour les deux parties : prime d'un côté, indemnité de l'autre. Le caractère de gageure a été de tout temps reconnu à de pareils traités, et il leur appartient. Quoi! parce que l'assureur garde, dans tous les cas, la prime, la cour royale de Limoges en conclut qu'il n'y a pas de pari! Eh! qu'importe, si ce qu'il doit donner dans le cas de perte du pari est beaucoup plus considérable que la prime reçue? N'est-ce pas le cas du pari où je vous donne 100 actuellement, à condition que si vous perdez vous me donnerez le double [8]?

[1] Scaccia les met dans cette classe.
[2] *Supra*, n° 94.
[3] Scaccia, n° 100.
[4] Marshal, p. 402
[5] Arrêt de la cour de Limoges du 2 déc. 1836. — (Devill., 37, 2, 183.) — Ord. du roi des 22 sept. 1819. — *Id.*, 11 fév. 1820. — *Id.*, 12 juillet 1820. — Avis du conseil d'État du 11 juillet 1818.
[6] P. 398.
[7] Je l'ai cité dans la colonne précédente, note 5.
[8] *Supra*, n° 84, l'exemple de Straccha.

168. Jusqu'à présent, nous avons envisagé l'assurance sur la vie comme garantie d'un capital à toucher par les personnes survivantes intéressées. Mais les assureurs ont imaginé une autre combinaison, qui assure à une personne vivante un capital à toucher à telle époque donnée de sa vie. Par exemple, je stipule que si je survis à 1840, vous me donnerez 5,000 moyennant une prime annuelle de tant, que je vous payerai jusqu'à cette époque et qui vous sera acquise si je meurs auparavant. Cette stipulation est ordinairement faite par ceux qui craignent les infirmités dans l'âge de la vieillesse, et veulent s'assurer pour ce temps des moyens de subsistance. Est-il vrai dans ce cas qu'il n'y ait pas d'assurance proprement dite [1]? Est-il exact de dire qu'une telle convention n'a pour but que de procurer un bénéfice à l'assuré, ce qui est contre l'essence de l'assurance, laquelle ne doit jamais être une source de gain? Ne peut-on pas soutenir, au contraire, que c'est une véritable assurance contre les risques que la vieillesse ou la maladie entraînent après elles, et que la somme acquise par l'événement de la condition n'est que l'indemnité de la perte occasionnée à l'homme qui vit de son industrie? Cette dernière opinion est la seule qui me paraisse admissible.

Je conviens que si ce contrat intervenait entre un assureur et un assuré riche, on pourrait lui donner le nom de gageure. Mais ce cas est-il de nature à se présenter?

169. D'autres fois, ce n'est pas à son profit que la partie qui demande l'assurance stipule le payement de la somme.

Voyons un exemple donné par Scaccia. Un père a deux enfants impubères, et il donne 200 à une caisse de ville ou de communauté, à condition que si ces deux fils vivent au delà de sept ans, la caisse devra rendre 100 et payer 12 p. % d'intérêt par an; que si, au contraire, ils meurent, la caisse gagnera ces 200 [2]. Scaccia nous apprend que cette combinaison, fréquente en Italie, avait également cours en Angleterre. A Florence, il y avait le *Monte delle doti*, qui, à l'expiration d'un certain nombre d'années, rendait au quintuple les fonds déposés, mais en restait propriétaire si les déposants décédaient auparavant [3]. Ce genre de traité rentre dans les conventions pratiquées par les assureurs sur la vie. Mais ce ne sont pas évidemment des assurances véritables. Il n'y a aucun risque dont on ait la prévoyance de se garantir; or, point d'assurance sans risques. Il y a un avantage stipulé conditionnellement; or, point d'assurance si la convention est faite pour se procurer un bénéfice.

Scaccia, qui, comme je l'ai dit si souvent, voyait dans la gageure un contrat favorable au commerce et légitime dans son principe, n'hésite pas à placer dans la classe des gageures, *sponsiones*, la convention en question [4]. Elle touche, en effet, de bien plus près à la gageure qu'à l'assurance [5]. Elle en diffère cependant en ce que la gageure est déterminée de part et d'autre par l'appât du gain; ici, au contraire, il y a un sacrifice que l'une des parties s'impose pour autrui et pour l'avenir de sa famille. De plus, dans la gageure, l'esprit de lutte et de contention est l'un des mobiles des adversaires. Ici, les parties sont étrangères à tout sentiment de contradiction. On veut assurer l'établissement des enfants, et pourvoir avec une louable prudence à leur bien-être; ce motif est aussi respectable et aussi digne d'encouragement que les bravades des parieurs sont imprudentes et répréhensibles. Et puis, si sous quelques rapports cette convention emprunte les couleurs du pari, ne la voit-on pas se rapprocher, sous d'autres rapports, de certains contrats permis? Ainsi, on y rencontre d'abord un mélange de prêt à intérêt, c'est-à-dire un placement sérieux avec cette clause que le capital versé rentrera, suivant telle chance, avec des augmentations qui sont le prix de l'usage de l'argent; ensuite, on y trouve une combinaison imitée de la rente viagère, en ce que le capital doit périr suivant telle chance de mortalité.

Il suit de là que la convention dont nous nous occupons ici a un caractère mixte; qu'on ne peut la ranger dans la classe d'aucun contrat nommé; qu'elle n'est pas plus une vraie gageure qu'un vrai *mutuum*, ou autre contrat ayant reçu de la loi une définition juridique; qu'elle est une convention sans nom, née de l'utilité, fruit de la pré-

[1] Quesnault, n° 16. — Alauzet, n° 546, t. 2.
[2] § 1, q. 1, n° 99.
[3] Ammirato, *Ist. di Firenze*, lib. 19.
[4] *Loc. cit.*
[5] *Voy.* la 3e espèce de gageure retracée par Stracha, *supra*, n° 84.

voyance, favorable à l'esprit de conservation et de famille; que, dès lors, elle mérite une place honorable parmi les stipulations que la société voit avec faveur et qu'elle soutient de sa haute protection.

Et c'est, en effet, ce qui est arrivé. Le gouvernement, malgré les justes scrupules qu'il apporte dans l'examen des statuts des compagnies anonymes, n'a pas hésité à reconnaître la légitimité de cette combinaison, et à la maintenir au nombre des opérations auxquelles il est permis aux compagnies d'assurance sur la vie de se livrer.

170. Il y a enfin une autre combinaison qui consiste à stipuler une assurance au profit d'un tiers, auquel le stipulant ne doit rien, mais auquel il veut laisser à son décès une marque de sa libéralité. Par exemple, je donne à vous, assureur, une somme de 1,000 fr. à condition qu'à mon décès vous donnerez tant à Titius, qu'il m'importe de gratifier. Ou bien encore, François, âgé de trente ans, voulant faire un cadeau à sa nièce, s'oblige à payer 249 fr. par an à une compagnie d'assurance, pour qu'à son décès elle paye à celle-ci une somme de 10,000 fr. Ici, le décès donne ouverture au payement, et la chance est que si l'assuré vieillit, l'assureur gardera la prime plus longtemps et pourra plus longtemps la faire fructifier à son profit; tandis qu'au contraire s'il meurt promptement, l'assureur est obligé de payer une somme plus considérable que celle qu'il a reçue sans avoir eu le temps de la faire fructifier et augmenter. Pour obtenir un capital égal, disent les statuts de la compagnie d'assurance sur la vie établie à Paris, rue Richelieu, n° 97 [1], en plaçant chaque année une économie de 249 fr., il faudrait à cet individu vingt-quatre années, et encore doit-on supposer qu'il placerait à intérêt une somme aussi modique, et que même il retirerait les intérêts des intérêts. Eh bien, au moyen du contrat d'assurance, s'il succombe avant ce terme moyen, s'il meurt même quelques jours après la conclusion du contrat, il n'aura payé qu'une somme fort modique, qu'une seule prime peut-être, et néanmoins il laissera à sa nièce la somme de 10,000 fr. tout entière.

Toutefois, dans les circonstances données, ce contrat n'est pas un contrat d'assurance; il n'est pas un contrat d'indemnité! La personne appelée à profiter de la somme n'a rien en risque; elle fait un bénéfice sans avoir couru de chances : c'est un contrat *do ut des* [2]. Mais si ce n'est pas une assurance, ce n'est pas non plus un pari. Les parties n'ont pas en vue un événement dont elles précisent les circonstances, et sur la prédiction desquelles elles basent leurs calculs. Il s'agit d'un décès éventuel, mais nécessaire, et dont on ne cherche pas à déterminer l'époque probable. On le laisse arriver par son cours naturel, et l'on subordonne à son éventualité une somme à donner en compensation d'une autre qui a été reçue. Le caractère de pari disparaît entièrement.

ARTICLE 1967.

Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé; à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie.

SOMMAIRE.

171. En droit romain, le perdant pouvait répéter ce qu'il avait perdu.
Raison de cette exception à la règle qu'on n'avait pas d'action pour ce qui avait été payé *ob turpem causam*.

172. Explication des principes du droit romain en matière de condition *ob turpem causam*.

173. Les joueurs, quoique *indigni*, sont gouvernés à Rome par d'autres principes, et cela à titre de peine et en vue d'une utilité publique.

174. En général, le droit romain accorde ou refuse la répétition suivant qu'il est plus nécessaire pour punir les auteurs de mauvaises actions.
Quoique, en principe, la répétition ne doive pas être accordée, elle peut l'être cependant par exception et pour une plus grande utilité.

---

[1] A la fin du livre de Quesnault, p. 467.

[2] Quesnault, n° 15.

175. Application de ces idées dans la jurisprudence française. Arrêt de la chambre des requêtes du 1er août 1844, auquel elles servent de guide.
176. Toutefois, en matière de dette de jeu, l'exception des lois romaines n'a pas été admise en France. Recherche des raisons qui ont porté la jurisprudence française à s'écarter de ces lois. Est-on parti de ce point que les dettes de jeu sont déshonnêtes et qu'il faut s'en tenir à la règle généraIe que ce qui a été payé *ob turpem causam* n'est pas sujet à répétition?
Opinion de Voet et de Scaccia.
177. Examen d'une question qui domine celle-là.
Dans le for de la conscience, le perdant est-il obligé de payer?
Opinion affirmative de Pothier.
178. Opinion contraire des théologiens.
179. Leurs mauvaises raisons.
180. Pourquoi les ordonnances de nos rois ont déclaré que les dettes de jeu n'obligent pas la conscience, et ont condamné l'opinion que Pothier croyait préférable.
181. Les mœurs publiques, agissant en sens contraire des lois, font des dettes de jeu des dettes d'honneur.
182. Le Code civil a-t-il préféré l'opinion de Pothier ou celle des ordonnances?
Examen de cette question.
183. Opinion exprimée par Portalis, orateur du gouvernement.
Il se sépare de celle de Pothier et déclare que le jeu est mauvais par sa nature et que le gain qui en résulte est *injuste*.
184. Il déclare aussi que si la loi n'accorde pas de répétition, c'est par l'application du principe que ce qui a été payé *ob turpem causam* n'est pas sujet à répétition. Il ne reconnaît pas, comme Pothier, que ce soit parce que le perdant n'a fait qu'acquitter une dette naturelle.
185. Opinion de Siméon, orateur du tribunat.
Contradiction qui lui est reprochée.
186. Opinion de Bouteville, autre orateur du tribunat. Il professe l'opinion de Portalis.
187. Mais bientôt il se contredit.
188. Opinion de Toullier. Il croit que le jeu produit une obligation naturelle.
189. Distinction à faire pour concilier toutes ces autorités et ces opinions.
Le jeu renfermé dans des limites honnêtes est un contrat licite, et il produit une obligation naturelle dont l'acquittement n'est pas sujet à répétition.
190. S'il est désordonné, il est un contrat illicite. Il n'engendre pas d'obligation naturelle. Mais ce qui a été payé ne peut être répété, d'après les règles de la *condictio ob turpem causam*.
191. La rédaction du Code civil est faite pour se prêter à ces deux membres de la distinction.
192. Dans quel cas il y a payement consommé.
193. Du payement fait en immeubles. Il est valable.
194. Mais l'acheteur évincé n'a pas d'action en garantie contre le vendeur. Raison de cela.
195. Du transport de créance fait par le perdant au gagnant pour s'acquitter.
Distinction et solution.
196. Des billets à ordre souscrits par le perdant.
197. Si le jeu avait été sans loyauté de la part du gagnant, ce qui aurait été payé serait soumis à la répétition. Raison de cette exception, autorisée par l'art. 1967, Code civ.
198. Suite. Espèce à consulter.
199. Le mineur qui a payé la dette de jeu n'a pas besoin de prouver la fraude. Son âge est une cause de nullité du payement.
200. Du cas où les enjeux ont été déposés.
201. Qu'arriverait-il si le perdant s'emparait de l'enjeu?
202. De l'enjeu mis entre les mains d'un tiers. Aurait-on action contre ce tiers s'il se refusait à livrer la chose au gagnant?
203. Suite.

COMMENTAIRE.

171. Le droit romain avait autorisé la répétition de ce qui avait été payé pour dettes de jeu [1]. Pourquoi, puisque, en principe, ce droit n'accordait pas d'action pour ce qui avait été payé *ob turpem causam*? On connaît, en effet, la décision du jurisconsulte Paul dans la loi 3, au Dig., *de cond. ob turp. caus.* [2] : « Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus ; veluti si pecunia detur ut male judicetur. ».

« Idem, ajoute Ulpien [3], si ob stuprum datum sit, etc., etc. »

172. Voici comment les jurisconsultes romains avaient raisonné : Entre deux maux il faut choisir le moindre; et le parti préférable est celui qui renferme le moins d'iniquité [4]. Or, lorsqu'en vertu d'un contrat illicite des deux côtés, quelque chose a été payé, à quelque résolution qu'on s'arrête, que l'on accorde la répétition ou qu'on la refuse, on tombera toujours dans un incon-

[1] *Supra.* — Paul, l. 4, § 3, Dig., *de aleat.*
[2] Lib. 10, *ad Sabinum.*—*Junge* l. 8 du même (lib. 3, quæst.).
[3] L. 4, Dig., *de condict. ob turpem causam.*
[4] L. 200, Dig., *de reg. juris.*

vénient. Si on l'accorde, n'est-il pas inique que celui qui a donné de l'argent pour commettre une mauvaise action puisse la répéter, lui qui devrait recevoir la peine de cette complicité? Et d'un autre côté, si on la refuse, n'encourage-t-on pas celui qui a reçu cet argent, et qui a par là blessé l'honnêteté publique? Cependant il faut opter. Mais pesez les inconvénients des deux solutions, et vous verrez que les plus faibles sont du côté de la rétention. Toute action en justice se fonde sur le droit; mais la rétention se fonde souvent sur le fait et sur l'occasion [1], et, par exemple, sur le défaut de droit de celui qui demande. De là la règle : *In pari causa, potior est causa possidentis.*

Eh bien, peut-on consentir à ouvrir le sanctuaire de la justice à celui qui, au lieu d'alléguer son bon droit, ne peut alléguer que sa mauvaise action et sa propre turpitude? Non. L'équité et l'ordre public y résistent. Que les parties restent donc dans l'état où le fait les a mises! qu'elles soient régies par le fait, et non par le droit qu'elles ont foulé aux pieds. *Possessorem potiorem esse* [2].

173. Au premier coup d'œil, il semble que ces idées sont applicables au payement des dettes contractées dans des jeux de hasard. Car les joueurs sont appelés *indigni* par Ulpien [3].

Néanmoins, il en était autrement en droit romain, et c'est le même Paul qui nous l'apprend [4]. Quelle en était la raison? Accurse l'a cherchée et voici sa solution. Lorsque la répétition est refusée par les lois, c'est dans le cas où je vous ai donné quelque chose pour faire le mal; mais si je vous ai donné cette chose en contractant avec vous, bien que la loi réprouve le contrat, la répétition doit pouvoir être exercée. A mon avis, cette explication n'explique rien du tout, et Favre la déclare mauvaise [5]. La vérité est que si la loi autorise la répétition dans notre cas particulier, c'est à titre de peine, et pour prêter main-forte au sénatus-consulte qui défendait de jouer de l'argent à certains jeux. Sans cette raison spéciale d'utilité publique, on serait retombé dans le droit commun tel qu'il existe lorsque *utriusque versatur turpitudo*. Que serait-il arrivé, en effet, si la répétition n'eût pas été accordée? Le jeu aurait été encouragé, et les joueurs auraient trouvé dans leur contravention une occasion de faire un gain, et cela, contre la défense du sénatus-consulte. Aussi avons-nous vu, au n° 37, que Cujas déclare que la répétition a été introduite en haine du jeu et par une singulière exception. On sait, du reste, que Justinien, ajoutant à ce moyen répressif, subrogea les villes dans le droit de répétition négligé par les perdants et leurs héritiers.

174. Ces principes du droit romain sur le payement des dettes contractées pour cause déshonnête, et sur le payement des dettes de jeu, nous suggèrent une réflexion importante en cette matière. C'est que les jurisconsultes de Rome accordaient ou refusaient la répétition, suivant que cela était nécessaire pour punir avec plus de sévérité ceux qui avaient offensé l'honnêteté publique par leurs actes. A la vérité, la règle la plus générale était que la répétition n'avait pas lieu. On en a vu tout à l'heure les raisons. Mais cette règle n'était pas inflexible, et quand l'intérêt public exigeait que la répétition eût lieu, elle était accordée.

175. Ces idées ne doivent pas être perdues de vue dans la jurisprudence française. Tout récemment elles ont servi de guide à un arrêt de la chambre des requêtes du 1er août 1844 [6], que je crois devoir rappeler parce qu'il contient les vrais principes sur cette matière et en fait la plus judicieuse application. Il s'agissait de la vente d'un office, faite à un prix exagéré, dont une partie avait été dissimulée au ministre de la justice. Le nouveau titulaire qui avait payé cet excédant en demanda la restitution et l'obtint.

Devant la cour de cassation, on invoquait, contre l'arrêt qui avait ordonné le remboursement, les lois romaines au titre du Dig., *de condict. ob turpem causam*. Nous pensâmes, à la presque unanimité, qu'elles ne devaient pas être appliquées. Mais une assez grave controverse s'établit sur les motifs du rejet. Les uns voulaient qu'on se bornât à dire, avec l'art. 1131 du Code civ., que l'obligation était fondée sur une cause illicite; que dès lors elle ne devait produire *aucun effet*; que, par conséquent, pour lui enlever *tous ses effets*, il fallait ordonner la restitution;

[1] L. 2, Dig., *de rivis*.
[2] Paul, l. 8 précitée.
[3] L. 1, § 1, Dig., *de aleat.*
[4] L. 4, § 3, Dig., *de aleat.*
[5] *Ration.*, sur la loi précitée, Dig., *de aleat.*
[6] Faure, rapporteur; Chégaray, avocat général.

que, d'un autre côté, l'art. 1235 déclarant que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, c'était le cas de motiver l'arrêt sur ce second article, d'autant qu'on ne pouvait voir une obligation naturelle dans une obligation contractée en fraude de la loi.

Mais les autres (et j'étais du nombre) repoussaient cette rédaction comme très-dangereuse dans ses conséquences.

Nous disions : — Avec des principes ainsi posés, avec les art. 1131 et 1236 si intempestivement invoqués, on ouvre la porte aux actions judiciaires les plus odieuses. L'assassin qui aura salarié son complice viendra, après qu'une surprise aura arraché au jury un verdict d'acquittement, demander aux tribunaux la restitution de l'argent soldé, prétendant que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, ou que, du moins, l'obligation étant fondée sur une cause illicite *ne doit pas produire d'effets*. Ainsi parleront ceux qui auront fait des pactes illicites pour la contrebande, comme cela se pratique aux frontières; ceux qui auront corrompu des fonctionnaires publics, ceux qui auront payé des courtisanes, etc., etc. Eh quoi! le sanctuaire de la justice serait ouvert à de telles réclamations, et l'on prêterait à l'article 1131 un sens si déraisonnable! Non! force doit rester, dans ces cas, aux lois du Dig., *de condict. ob turpem causam*. C'est le bon sens et l'honnêteté publique qui les ont dictées, et nous ne devons pas les méconnaître. Il ne faut pas que le juge écoute les auteurs de ces mauvaises actions, et reconnaisse un droit quelconque dans le demandeur qui ne mérite qu'une punition.

Mais pourquoi voulons-nous, dans notre espèce, que la réclamation soit écoutée? Parce que l'intérêt public l'exige; parce que la peine que les lois romaines ont voulu porter contre le demandeur téméraire, c'est ici le public qui la supporterait; parce que les lois romaines ont accordé la répétition toutes les fois qu'un intérêt public en faisait une loi : témoin les dettes de jeu.

En effet, qu'arriverait-il si on n'accordait pas la répétition à l'officier investi? On ne le sait que trop, l'exagération du prix des offices est un mal qui force les titulaires à exploiter le public. Eh bien, laissez le vendeur nanti du prix exagéré qu'il a reçu, et alors le mal que vous voulez empêcher va se trouver aggravé, excité par vos propres précautions; vous allez livrer le public à un officier qui aura intérêt à récupérer sur lui ce qu'il a payé de trop.

Ces considérations l'emportèrent, et l'arrêt, parfaitement rédigé par Faure, rapporteur, indique bien clairement que la décision de la cour n'est pas puisée dans les art. 1131 et 1235, qui étaient sans application, mais dans les raisons d'ordre public que je viens de relever et dans les lois romaines elles-mêmes sagement combinées et comprises.

176. Après cette digression, nécessaire pour préciser des idées sur lesquelles je n'ai pas été assez explicite dans mon *Commentaire de la société* [1], je reviens à mon sujet.

En France, l'on n'a jamais suivi la loi romaine qui autorise la répétition des sommes perdues au jeu et payées [2], et Voet nous apprend qu'à l'exception de quelques coutumes particulières, la même jurisprudence régnait en Hollande [3]. Ce n'est pas, suivant lui, que le jeu ait acquis plus de faveur dans les mœurs modernes. Les sévères qualifications du droit romain lui restent toujours : « *Manente interim eadem quæ quondam turpitudine.* » Mais l'on s'en tient au principe, d'après lequel, quand un contrat est de part et d'autre réprouvé par les mœurs et qu'il a été exécuté, on n'a pas d'action pour répéter ce qui a été payé; c'est également de cette manière que Scaccia donne la raison de la non-répétition des dettes de jeu [4]. Seulement, Voet veut que si le gagnant a usé de tricheries, faussetés, dol ou fraude pour demeurer vainqueur, le perdant ait alors une action en répétition. Dans ce dernier cas, en effet, on ne saurait dire que les parties se présentent *in pari causa*. A la défaveur qui s'attache au jeu et que le gagnant partage avec le perdant, s'ajoute du côté du premier une insigne mauvaise foi.

177. Ces idées sont-elles celles qui ont dominé en France?

La doctrine ne paraît pas avoir été parfai-

[1] N° 105.
[2] Pothier, n° 53.
[3] *De aleat.*, n° 6.

[4] § 1, q. 1, n° 114 : *Quia victus repetendo allegat* PROPRIAM TURPITUDINEM; *nempe quod, spreta lege, luserit, etc.*

tement d'accord avec elle-même, et surtout avec les lois, sur une question qui domine celle-ci, et qui consiste à savoir si, dans le for intérieur, le perdant est naturellement obligé à payer sa dette. Pothier a cherché à établir que le jeu, étant en soi un contrat qui ne renferme rien d'injuste, oblige au tribunal de la conscience, et qu'il serait contraire à la bonne foi de refuser de payer la somme perdue, lors même qu'elle est considérable et qu'on a joué à des jeux défendus [1]. Sans doute, le gros jeu est déshonnête dans ses fins [2]. Mais, après tout, on a été mû par le désir de gagner, on a compté que si l'adversaire perdait il payerait; on a fait tout ce qu'il était possible pour faire tourner contre lui les chances de perte. A la vérité, la loi civile, par de bonnes raisons, défend les jeux de hasard; elle prononce des peines contre les contrevenants; elle ne leur reconnaît pas d'action en justice pour dettes de jeu. Mais cette sévérité n'est pas dictée par la considération que le jeu est mauvais en soi; elle vient des abus qu'on en fait fréquemment en le faisant servir à assouvir un désir immodéré du gain. Or, puisque le jeu n'est pas intrinsèquement mauvais, et que le contrat ne renferme pas en soi d'injustice, on doit, dans le for intérieur, tenir les parties pour obligées.

178. Néanmoins, cette opinion n'était pas universelle. Les théologiens, plus rigides que Pothier, soutenaient que le jeu est injuste en soi, parce qu'il est une profanation du sort, qui est quelque chose de religieux; qu'il est intrinsèquement contraire à l'équité naturelle, laquelle ne permet pas de s'enrichir de la perte et souvent même de la ruine d'autrui [3].

179. Mais Pothier répondait [4] : Le sort n'est pas plus divin que tout ce qui se fait dans la nature et qui est l'ouvrage de Dieu. Les mystères que le sort renferme ne font pas qu'il dépende de Dieu plus étroitement que les causes connues qui agissent en ce monde.

Quant à l'iniquité prétendue du jeu, on s'abuse étrangement. Est ce que le gagnant qui, au dire des théologiens, s'enrichit aux dépens du perdant, ne lui a pas payé, en quelque sorte, ce qu'il lui a gagné, par le risque qu'il a couru d'en payer autant si le sort lui eût été défavorable? N'y a-t-il pas eu égalité de chances [5]? En un mot, il ne faut pas que la superstition, relevant les autels de la fortune, en fasse, en présence du christianisme, une divinité païenne; il ne faut pas non plus infliger la qualification d'inique à une convention qui balance les chances respectives de gain et de perte, et repose sur la bonne foi et l'égalité. Tel est le résumé du système de Pothier.

180. Quoi qu'il en soit, comme le jeu est souvent détourné de ses fins légitimes par la passion du gain, les ordonnances de nos rois se préoccupèrent surtout des dangers qu'il entraîne à sa suite, et le traitèrent avec une sévérité plus grande que ne le faisait Pothier. C'est pourquoi l'ordonnance de janvier 1629 (art. 138) déclare « *nulles* toutes » dettes contractées pour jeu, et toutes obli» gations et promesses faites pour jeu, quoi» que déguisées, nulles et de nul effet, et » *déchargées de toutes obligations civiles et na*» *turelles* [6]. »

Ainsi, aux yeux de la loi civile, le jeu n'engendrait pas d'obligation même naturelle; le système des théologiens l'emportait, ainsi que celui dont Voet a été l'organe.

181. Mais les mœurs et l'opinion publique ratifièrent-elles ces sévérités? Non. Tout en réprouvant les excès du jeu, tout en le détestant comme un vice quand il était porté jusqu'à la passion, elles considérèrent qu'il y avait un point d'honneur à payer les dettes qu'on y avait faites loyalement. Le tribunal des maréchaux de France, juge des questions d'honneur entre gentilshommes [7], autorisait même l'action en justice jusqu'à concurrence de 1,000 livres [8]. Combien à plus forte raison aurait paru déloyale la répétition de ce qui aurait été volontairement payé! Or, pourquoi cette susceptibilité, si ce n'est que les idées populaires apercevaient dans les promesses faites au jeu une obligation naturelle dont la bonne foi ne permettait pas de se délier?

182. Entre ces diverses opinions, quelle est

[1] N° 58.
[2] N°s 36 et 37.
[3] Voy. là-dessus Molina, *De justitia*, t. 2, *De contract. disp.*, 516.
[4] Pothier, n°s 4 et suiv.
[5] N° 56.

[6] Toullier, t. 6, n° 381; *Exposé des motifs* du titre *du Jeu*. Fenet, t. 14, p. 540. Locré, t. 15, p. 174. — Voy. le texte de l'ordonnance dans Néron, t. 1, p. 810, col. 1.
[7] Il en est question dans *le Misanthrope* de Molière, act. 2, sc. 7.
[8] *Répert.* de Merlin, v° *Jeu*, 5.

celle que le Code civil a trouvée préférable?

La question n'est pas exempte d'embarras.

Dans son *Exposé des motifs*, Portalis, examinant la théorie du contrat de jeu, se fait d'abord cette question : Le jeu a-t-il une cause? Et sa réponse se rattache à une doctrine déjà plus d'une fois avancée en jurisprudence, à savoir : *qu'il n'en a aucune* [1]. Mais c'est, à mon sens, une grave erreur. Loyseau l'a depuis longtemps réfutée [2], et notre article la condamne formellement; car si le contrat n'avait pas de cause, comment le payement fait en exécution pourrait-il se soutenir [3]? Pourquoi l'art. 1965 appellerait-il *dette de jeu* l'obligation contractée en jouant? Est-ce qu'il peut y avoir une dette sans une cause d'obligation [4]?

183. Puis, Portalis fait une distinction. Ou le jeu n'est qu'un délassement, et alors il n'est pas du ressort des lois. Ou il dégénère en spéculation de commerce, et *il offre une cause trop vicieuse pour légitimer une action en justice* [5].

Le contrat de jeu a donc une cause. Seulement cette cause est vicieuse, d'après l'orateur, quand le jeu, est dirigé par le désir de spéculer. Le jeu, dit-il plus bas, est *mauvais par sa nature*; de plus, *il faut le réprouver par rapport à ses suites* [6].

Et, à l'instant, Portalis s'écarte d'une manière fondamentale de la doctrine de Pothier, qui croyait que le jeu, même le jeu à des jeux défendus et à gros jeux, bien que mauvais par ses fins, oblige dans le for de la conscieuce [7]. Portalis, plus conséquent, ce me semble, que ne l'était Pothier, cite l'ordonnance de 1629, et s'en empare pour prouver que « *la justice, en donnant » une action utile pour les promesses contrac- » tées au jeu, ne doit pas venir consommer » avec son glaive le sacrifice consommé par la » cupidité* [8]. »

En un mot, Portalis considère le gain *fait dans les jeux qui ne sont pas de simples délassements comme injuste, et comme n'ayant d'autre cause que la corruption du cœur et l'égarement de l'esprit* [9].

184. Pourquoi donc celui qui a payé les dettes de jeu n'a-t-il pas de répétition? est-ce parce qu'il a acquitté une obligation naturelle, comme le veut Pothier? Portalis se garde bien d'aller jusque-là. A ses yeux, l'art. 1976 est fondé sur ce que *la loi ne saurait écouter les majeurs quand ils l'invoquent pour le fait même dans lequel ils l'ont méconnue; parce que d'ailleurs le repentir de l'avare qui a payé une dette de jeu n'est pas favorable pour réveiller l'attention de la justice* [10].

On le voit, la cause du contrat de gros jeu est vicieuse par sa nature, elle est immorale. L'action en répétition n'est écartée qu'à cause de la défaveur de celui qui l'introduit. C'est le système de Vöet, invoqué pour expliquer le Code; c'est le commentaire de l'art. 1967 par les lois du Dig., *de condict. ob turpem causam*.

185. Passons maintenant aux doctrines du tribunat.

Siméon, son organe, disait, dans le rapport présenté sur le titre *du Jeu*.

Le jeu n'est pas une cause licite d'obligation, parce qu'il n'est pas utile et qu'il est extrêmement dangereux [11].

Présumant que Siméon n'adresse ces paroles qu'au gros jeu, je pense qu'on peut dire avec assurance qu'il s'entend à merveille jusqu'ici avec Portalis.

Mais quand il s'agit d'expliquer pourquoi le joueur n'a pas le droit de répéter ce qu'il a payé, Siméon, moins sévère dans son langage, tient plus de compte de l'opinion du monde et de la susceptibilité de nos mœurs. « Mais si le joueur, plus sévère à » lui-même que la loi, *s'est tenu pour obligé*; » si, fidèle à sa passion *et délicat dans son » égarement*, il a acquitté ce qu'il avait té- » mérairement engagé, il ne sera pas reçu à » répéter ce qu'il a payé [12]. »

Ainsi, le joueur peut se tenir pour obligé, et en cela il fait preuve de délicatesse. Si la loi le repousse, c'est parce qu'il y a obligation de son propre aveu, et acte de délicatesse! Mais je demande si on peut se tenir obligé pour une cause illicite. Je demande si, dans cette explication de Siméon, ti-

[1] Fenet, t. 14, p. 539. Locré, t. 15, p. 172.
[2] *Déguerpissement*, liv. 4, ch. 3. — *Junge* Danty, p. 232.
[3] Art. 1235, Code civ.
[4] Art. 1131, Code civ.
[5] Fenet, p. 539 et 540. Locré, t. 15, p. 172.
[6] *Id.*, p. 540. Locré, p. 173.
[7] N° 58, et n°s 36 et 37.
[8] Fenet, p. 541. Locré, p. 174.
[9] *Id.*, p. 542. *Id.*, p. 175.
[10] *Id.*
[11] *Id.*, p. 550. *Id.*, p. 187.
[12] *Id.*, p. 551. *Id.*

rée de l'existence d'une obligation naturelle, il n'y a pas quelque chose qui heurte l'assertion que la cause du jeu est illicite. Peut-on être naturellement engagé pour une cause illicite?

186. Dans la discussion devant le corps législatif, Boutteville, autre organe du tribunat, imprime sur le contrat de jeu des caractères de réprobation non moins énergiques, dans un style tout aussi véhément, mais plus déclamatoire. Le jeu est *un monstre antisocial qui, bien qu'il affecte la figure et le maintien d'un contrat*, ne mérite pas la protection que la loi accorde aux conventions ordinaires [1]. Il n'y a qu'un *rapport* PRÉTENDU *entre* SES FOLLES CONVENTIONS *et le lien légitime d'un engagement réciproque*.

Puis l'orateur se pose la question de Portalis et Siméon :

Pourquoi ne pas se conformer à la loi romaine, qui accordait la répétition de ce qui avait été perdu et payé? — Et il répond : Parce que ce serait une inconséquence, *entre deux hommes coupables de la même faute, de punir l'un et de récompenser l'autre* [2].

A la bonne heure. Ceci est logique; voilà l'*in pari causa, melior est causa possidentis*, et les principes du jurisconsulte Paul en matière de condiction *ob turpem causam*.

187. Mais bientôt l'orateur s'écarte de cette idée, et le voilà, lui qui proclame le jeu un monstre, un vain simulacre de contrat, le voilà, dis-je, qui emprunte à Pothier les raisonnements par lesquels cet auteur prouve que le contrat de jeu est un contrat sérieux pour le for intérieur, exempt d'injustice et fondé sur l'égalité.

« D'ailleurs n'a-t-il pas obéi (le joueur) à » sa conscience *qu'il serait bien difficile de* » *contredire, à une certaine délicatesse qu'on* » *ne pourrait guère condamner, à l'équité na-* » *turelle qui toujours impose une exacte réci-* » *procité?*

» Ce qu'il a perdu ne voulait-il pas le gagner? Ce qu'il a payé, n'avait-il pas l'intention de l'exiger? S'il l'eût reçu, aurait-il » eu la volonté, aurait-il admis l'obligation » de le restituer [3]? »

J'avais, je crois, raison de le dire : Boutteville est ici en pleine contradiction; après avoir éclaté comme Justinien, il s'adoucit comme le tribunal des maréchaux de France; il fulmine avec les théologiens et finit par conclure avec Pothier, l'adversaire des théologiens. C'est un mélange d'un droit sévère et des ménagements de l'opinion publique.

188. Sans se préoccuper de ces opinions, Toullier s'abandonne avec confiance à l'opinion de Pothier et de Barbeyrac; il enseigne que les dettes de jeu produisent des obligations naturelles [4]; et, pour prouver cette vérité, il fait remarquer que la disposition de l'art. 1967 qui refuse la répétition doit s'expliquer par l'art. 1235; qu'en combinant ces deux articles, on ne peut s'empêcher de reconnaître que l'art. 1967 est assis tout entier sur la présupposition de l'existence d'une obligation naturelle, laquelle est la vraie cause de la fin de non-recevoir [5], etc. Mais ce raisonnement est loin d'être victorieux. Car, dans tous les cas où il y a délit de la part des deux contractants, la voie de la répétition est fermée à l'indigne qui vient frapper au sanctuaire de la justice; et cependant la loi reconnaît-elle une obligation naturelle dans les contrats fondés sur une cause illicite et délictueuse?

Toullier ajoute que les articles qui composent notre section n'ont pas répété les dispositions des anciennes ordonnances, *lesquelles* déclarent *nulles et de nul effet* les obligations ayant pour cause des dettes de jeu; que le Code civil se borne à ne leur pas accorder d'action.

189. Pour moi, je ferai une distinction. Si le jeu est renfermé dans de justes bornes, il est un contrat licite; il a une cause réelle et une cause honnête. Il oblige naturellement, et Pothier a porté là-dessus la clarté de l'évidence. Rien n'empêche que deux parties ne puissent se donner une chose sous une certaine condition casuelle. Intrinsèquement, il y a là toutes les conditions d'un contrat valable : équité, égalité, volonté libre, etc. Le Code civil a donc bien fait de ne pas prononcer en termes absolus la nullité des conventions intervenues au jeu; il a donc eu grande raison de ne pas dire, avec l'ordonnance de 1629, que ces conventions sont déchargées de toute obligation naturelle. Dans un grand nombre de cas, le jeu est permis; il est un besoin de notre nature et une satisfaction dont l'esprit et le corps ont besoin. Exercé par des

[1] Fenet, p. 558. Locré, p. 198.
[2] *Id.*, p. 560. *Id.*, p. 199.
[3] *Id.*, p. 560. *Id.*, p. 199.

[4] T. 6, n° 381.
[5] N° 382, vers la fin.

personnes honnêtes, dans des proportions qui ne peuvent pas gêner leurs facultés, il n'a rien que n'approuvent la raison et la bonne foi. Si pourtant la loi ne donne pas d'action en justice aux dettes de jeu, cela s'explique parce que, comme le disait si bien Portalis après Pothier, des amusements ne doivent pas être transformés en actes de commerce. Mais l'obligation naturelle n'y est pas moins.

190. Que si le jeu est désordonné, alors il mérite tous les qualifications de Portalis, et j'avoue que je ne comprends pas Pothier, qui, après avoir démontré tout ce qu'il a de déshonnête dans ses fins [1], tout ce qu'il emprunte de mauvais à l'avarice, à la passion, au déréglement, l'élève cependant au rang des obligations naturelles [2]. Quand le jeu est une spéculation intéressée, ce n'est pas la raison, mobile régulier des contrats, qui y conduit, c'est la passion. Les joueurs ne sont pas sains d'esprit; ils cèdent à un fol entraînement; ils remettent aux hasards de la fortune leur patrimoine et leur existence. Alors le contrat devient illicite : il est contraire aux mœurs, il n'engendre pas d'obligation naturelle; un tiers ne pourrait le cautionner.

A la vérité, le législateur laisse subsister les effets volontaires que lui ont donnés les parties par une libre exécution. Mais pourquoi, et par quelle raison, contraire aux lois de Rome, ne permet-on pas au perdant de répéter ce qu'il a payé? Parce qu'il ne saurait invoquer la loi qu'il a méconnue; parce que, placé entre sa turpitude comme joueur, et son indignité comme avare, il n'est pas recevable à être écouté. N'est-ce pas là ce que disait l'organe officiel du conseil d'État, Portalis?

191. Ainsi, les textes du Code civil se prêtent à l'une et à l'autre hypothèse; ils sont rédigés savamment, et de manière à se plier aux exigences des circonstances.

192. Voyons maintenant dans quels cas le perdant a effectué un payement sur lequel il ne peut plus revenir.

Point de difficulté quand le payement s'est consommé en argent ou en meubles déposés, et dont le gagnant s'est saisi.

193. Mais un payement fait en immeubles est-il valable?

L'art. 141 de l'ordonnance de 1629 est ainsi conçu : « Et d'autant que l'effrénée » passion du jeu porte quelquefois à jouer » les immeubles, nous voulons et déclarons » que nonobstant la perte *et délivrance* des» dits immeubles, quoique déguisée en vente, » échange ou autrement, les hypothèques » demeurent entre eux aux femmes pour » leurs conventions et aux créanciers pour » leurs dettes, nonobstant tout décret, s'il » est prouvé que l'aliénation desdits immeu» bles procède de jeu. »

Ainsi cette ordonnance, qui fut si sévère contre le jeu, maladie morale de l'époque, s'arrête devant un payement fait en immeubles; elle n'atteint pas l'acquittement de la dette accompli par ce moyen extraordinaire. Elle se borne à conserver, nonobstant tout décret, le droit hypothécaire des créanciers.

La doctrine des auteurs n'est pas moins certaine sur la validité de la dation en payement effectuée par une vente d'immeubles. On peut consulter Caccialupus [3], Costa [4], Voet [5], Pothier [6].

Mais, postérieurement à la publication des écrits de ce dernier jurisconsulte, une déclaration du 1er mars 1781, plus sévère qu'on ne l'avait été jusqu'alors, prononça la nullité *« des ventes, cessions, transports et tous » autres actes, de quelque nature qu'ils puis» sent être*, ayant pour cause une dette de » jeu, soit qu'ils aient été faits par des ma» jeurs ou des mineurs. »

Et un arrêt de la cour royale de Paris, du 27 novembre 1811, rendu sur des faits antérieurs au Code civil, a appliqué cette déclaration à une vente d'immeubles dont la cause était le payement d'une dette contractée en jouant [7]. A la vérité, la cour a plutôt vu dans cette vente un acte simulé, manquant de sincérité, qu'une vente réelle, mais nulle; et, si je ne me trompe, l'acheteur s'est montré à elle, non pas comme un créancier qui reçoit un immeuble en payement pour en rester propriétaire, mais comme un mandataire qui a charge de vendre la chose et de s'en approprier le prix en extinction de ce qui lui est dû.

[1] Nos 36 et 37.
[2] No 38.
[3] *De ludo*, 33.
[4] *De ludo*, art. 3, no 4.
[5] Ad Pand., *De aleat.*, no 4.
[6] *Vente*, no 192.
[7] *Pasicrisie*. — Dalloz, *Jeu* p. 208, note.

Les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les faits et donner à l'agissement des parties la couleur que réclame la vérité. Il arrivera très-souvent qu'une vente intervenue dans de telles circonstances sera plutôt la dissimulation d'une procuration pour vendre, qu'une vente sérieuse.

Mais, à part les circonstances plus ou moins défavorables dans lesquelles ces ventes peuvent se présenter, je pense qu'en principe la déclaration du 1er mars 1781 n'a plus force de loi. S'il résulte que la vente est sérieuse et sincère, elle doit être maintenue par la puissance de notre article.

194. Seulement, si l'acheteur venait à souffrir éviction, il n'aurait pas d'action contre son vendeur. La raison en est que ce serait donner indirectement action pour une dette de jeu [1].

195. *Quid* du transport de créance fait par le perdant au gagnant? Nous avons vu que la déclaration du 1er mars 1781 n'y avait aucun égard. Mais sa disposition n'ayant pas été reproduite par le Code civil, il faut juger la question d'après les principes généraux en matière de payement.

Or, de deux choses l'une : Ou le transport est fait sans garantie;

Où il est fait avec garantie.

Dans le premier cas, le transport équivaut à une libération [2]. Le perdant a payé sa dette par le ministère du débiteur qu'il a cédé, et duquel il s'est interdit de rien exiger. Le gagnant a accepté à ses risques et périls ce nouveau débiteur, et ce dernier lui appartient, pour ainsi parler, par un fait consommé et sur lequel il n'y a plus lieu à revenir.

Dans le second cas, la solution est la même [3]. A la vérité, on peut dire que la garantie ayant été conservée contre le cédant en cas de non-payement par le débiteur cédé, ce même cédant n'est pas entièrement libéré; que dès lors il n'y a pas payement dans le sens de l'art. 1967 du Code civil [4]. Mais cette objection manque de solidité; car, en effet, qu'importe la réserve de garantie, puisque, comme nous l'avons vu dans le cas de vente d'un immeuble, le cessionnaire ne pourra pas s'en prévaloir, attendu que ce serait demander indirectement le payement d'une dette de jeu? N'est-ce pas dès lors comme si la garantie avait été formellement répudiée?

196. Que dirons-nous des billets à ordre que le perdant aurait souscrits au gagnant? Si ces billets avaient été mis en circulation, aucune exception ne pourrait être opposée aux tiers porteurs de bonne foi [5].

Mais si c'était le gagnant qui vînt en réclamer le remboursement, le souscripteur pourrait opposer que la dette, ayant pour cause le jeu, ne saurait servir de base à l'action dirigée contre lui, et qu'il n'est pas permis d'assimiler à un payement effectif des billets qui ne sont que de simples promesses de payer plus tard. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de cassation du 29 septembre 1814 [6], et par les arrêts de la cour royale de Grenoble des 6 décembre 1823 [7] et 13 août 1831 [8].

Je vois cependant, dans une espèce où un joueur à la bourse avait donné pour *couverture* à son agent de change 1,600 fr. en effets de commerce, que la cour royale d'Orléans, par arrêt du 30 septembre 1825, et la cour de cassation, chambre des requêtes, par arrêt de rejet du 25 janvier 1827, ont décidé qu'il y avait un fait accompli contre lequel il n'était pas possible de revenir [9]. Mais quels étaient ces effets de commerce? Les arrêtistes ne le disent pas, et Mollot en parle comme de billets à ordre [10]. Cette hypothèse me paraît peu vraisemblable; il est plus probable qu'il s'agissait de lettres de change dont le joueur était nanti et qu'il avait passées à l'ordre de son agent de change. Car, dans son pourvoi de cassation, il représentait ces effets comme des *mandats pour réaliser*. Or, ce cas est bien différent du cas de billets à ordre; il rentre dans celui du transport.

197. Quand le perdant paye sa dette, c'est qu'il suppose qu'il a été loyalement vaincu.

---

[1] Arg. de la loi 2, § 1, Dig., *quar. rer. actio non datur*. Caecialupus, Costa, Voet, Pothier, *loc. cit.*—*Junge* Chardon, nº 563.

[2] Chardon, nº 563. — Arg. d'un arrêt de cass. du 25 janv. 1827. Rejet, req. *Pasicrisie*.

[3] Mollot, *Bourses de comm.*, nº 330

[4] Chardon, nº 564, d'après un arrêt de Limoges du 2 juin 1819. (Dalloz, *Jeu*, p. 208, note 5.)

[5] Mollot, nº 331. Arrêt d'Angers du 28 août 1813, rapporté par Dalloz, *Jeu*. p. 207, note 3.

[6] Ch. civ., Dalloz, *Jeu*, p. 208, note 3.

[7] *Pasicrisie*. — Dalloz, *Jeu*, p. 209 et 210.

[8] Dalloz, 32, 2, 141. — *Junge* Angers, 22 fév. 1809. *Pasicrisie*.

[9] *Pasicrisie*. — Dalloz, 27, 1, 128.

[10] Nº 330.

Mais s'il vient à reconnaître que la fraude a préparé sa perte, et que le gagnant a usé à son égard de dol, supercherie, tricheries, etc., le payement qu'il a fait par suite de ce jeu sera sujet à répétition [1]. Le gagnant étant, non-seulement un joueur, mais encore un joueur de mauvaise foi, n'est pas dans une de ces positions où la loi, trouvant égalité de tort de part et d'autre, rend la demande non recevable *L'in pari causa, melior est conditio possidentis*, est sans application.

198. A plus forte raison, le perdant pourrait-il revenir sur son payement, si le gagnant le lui avait extorqué par des manœuvres frauduleuses. Un arrêt de la cour d'Angers, du 22 février 1809, contient une espèce intéressante et curieuse à consulter [2].

199. Quant au mineur qui a payé, il n'est pas nécessaire qu'il prouve le dol et la fraude. Son âge est pour lui une cause de nullité de ce qu'il a fait [3].

200. Il arrive assez souvent que l'enjeu est déposé sur table. Dans ce cas, il est acquis au gagnant de plein droit et par la force de leur convention; le perdant paye virtuellement sa dette, et tout est consommé.

201. Mais que déciderait-on si le perdant s'emparait de l'enjeu? Le gagnant aurait-il action en justice pour le lui faire rendre? Zachariæ et Duranton se prononcent pour l'affirmative, par cette raison qu'il n'exerce pas une action pour dette de jeu, et qu'il fait valoir un droit de propriété [4]. J'aurais de la peine à me rendre à cette opinion. Il serait bien difficile de ne pas remonter à la cause première de ce droit de propriété, et de le séparer du moyen qui l'a fait acquérir. Qu'y a-t-il, en effet, sous cette question de propriété mise en avant comme sauvegarde de l'action? Un joueur qui réclame ce qu'il a gagné au jeu, contre son adversaire qui a perdu!

202. Si l'enjeu avait été mis dans les mains d'un tiers, le gagnant aurait-il, contre ce tiers [5] qui en refuserait la remise, une action en justice? Oui, suivant Zachariæ; car ce ne serait pas l'action de jeu qu'il exercerait, ce serait l'action procédant d'un contrat équivalent à dépôt [6]. Cette opinion me paraît encore fort problématique, et j'admettrais difficilement que le tiers qui aurait rendu la chose au perdant de même que s'il n'y avait pas eu de pari, ou qui, pour la lui rendre, se refuserait à en faire la remise au gagnant, soit soumis à une action de la part de ce dernier. D'où procède, en effet, ce droit de propriété dont il se targue? D'un pari qu'il a gagné et dont il veut recueillir le bénéfice. Or, qu'il poursuive son payement contre le perdant lui-même, ou contre le tiers qui détient la chose en son nom pour la lui remettre, qu'importe aux yeux de la loi? le résultat n'est-il pas toujours le même? n'est-ce pas une dette de jeu non payée dont on veut avoir le payement?

203. A plus forte raison, si la chose déposée était, non pas de l'argent, mais des billets et des promesses écrites, le perdant pourrait en demander la restitution et se refuser à les payer. On se trouverait encore moins dans le cas d'un payement consommé : ce serait celui d'une obligation destituée d'effets juridiques, puisque le jeu en est la cause [7].

[1] Danty, p. 240. Voet, cité *supra*, n° 176.
[2] *Pasicrisie*
[3] Danty, p. 241 et 243, d'après Rebuffe. — Ord. de Moulins.
[4] Zachariæ, t. 3, p. 80. — Duranton, t. 18, n° 116.
[5] *Supra*, *Séquestre*, n° 258.
[6] Zachariæ, *loc. cit.*
[7] Angers, 22 fév. 1809. *Pasicrisie*.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

PREMIÈRE SECTION.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT.

ARTICLE 1968.

La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble.

SOMMAIRE.

204. La rente viagère était inconnue des Romains.
205. Son origine dans le droit des nations modernes.
206. Opposition dont elle a été l'objet de la part des théologiens. Elle finit par triompher.
207. Elle n'a, en effet, rien de commun avec l'usure. Le contrat de rente viagère ne renferme pas un prêt.
208. En quoi il diffère principalement de la rente constituée. Casaregis l'appelle très-bien *commutatio periculi*. Il est essentiellement aléatoire.
209. Rapports de la rente viagère avec le pari ou gageure.
210. Légitimité et moralité du contrat de rente viagère.
211. Quelquefois le contrat de rente viagère est combiné par les parties de manière à n'avoir pas d'*alea*. Alors il perd son principal caractère et ses prérogatives.
212. Exemples de rentes viagères sans *alea*.
213. On peut constituer une rente viagère à titre onéreux ou à titre gratuit.
   Renvoi pour la rente viagère à titre gratuit.
   Quand elle est constituée à titre onéreux, elle renferme *commutatio periculi*.
214. Elle se crée moyennant de l'argent, ou même moyennant un immeuble. — Le capital est perdu.
215. La rente viagère est-elle un être métaphysique comme la rente constituée en perpétuel?
   Réfutation de l'opinion qui enseigne que la rente viagère n'a pas de capital.
216. Dans le contrat de rente viagère il y a une vente. La rente est la chose vendue; le capital en argent fourni par le rentier est le prix.
217. Mais n'y a-t-il pas des cas où, au contraire, c'est la rente qui est le prix, tandis que le capital fourni est la chose vendue?
   Quels sont ces cas? et particulièrement du cas où le capital fourni est un immeuble.
   Le prix, dans une vente, doit consister en argent.
218. Quand le capital fourni est non pas de l'argent, mais un immeuble ou un fonds de magasin, le contrat s'appelle *rente à fonds perdu*, et non pas *contrat de constitution de rente*.
219. Suite.
220. Importance de cette distinction pour décider si le contrat de rente viagère est réel.
221. Suite.
222. Suite.
223. Et pour savoir s'il est unilatéral.
224. La rente viagère est meuble.
225. A ce titre, elle tombe dans la communauté conjugale, quoi qu'en dise Toullier.
226. De la forme du contrat de rente constituée à titre onéreux.
227. Suite.
228. Quand elle est faite par acte sous seing privé, elle doit être enregistrée pour être opposée aux tiers
   Explication, exemples et renvoi.
229. Suite des formalités de la rente viagère.
230. Observations sur la nature du revenu que la rente viagère est destinée à produire.
   Il ne faut pas la confondre avec le bail à nourriture.

COMMENTAIRE [1].

204. Heineccius a raison de croire que le contrat de rente viagère fut entièrement inconnu des Romains [2]. Ce peuple superstitieux voyait de tristes augures dans les conventions qui faisaient reposer quelque espérance sur la mort de l'homme; il les bannissait comme impies, inhumaines et propres à exciter au crime.

Les nations modernes se sont mises, sur beaucoup de points, au-dessus de ce préjugé. Nous en avons vu une preuve dans les assurances sur la vie. Le contrat de rente viagère en offre un nouvel et remarquable exemple.

205. La rente viagère est très-ancienne dans l'histoire du droit français. Ses premiers vestiges se trouvent dans la législation des précaires, qui jouent un si grand rôle dans l'histoire de la première et de la seconde race, et dont Marculfe a conservé la formule [3]. On s'adressait à une église ou à un monastère, à qui l'on donnait un fonds de terre ou un capital en argent; en retour, l'église ou le monastère donnait des usufruits ou des rentes à vie d'un produit supérieur à ce qui avait été reçu, afin de compenser la perte à laquelle se soumettait, pour l'époque de son décès, le possesseur précaire [4]. Il y a là-dessus un capitulaire célèbre de Charles le Chauve, de 846 [5] : « Precariæ autem a » nemine, de rebus ecclesiasticis fieri præ- » sumantur, nisi, quantum de qualitate con- » venienti datur ex proprio, duplum acci- » piatur ex rebus Ecclesiæ, in suo tantum, » qui dederit, nomine, si res proprias et » ecclesiasticas usufructuario tenere volue- » rit. Sin autem res suas ad præsens dimise- » rit, ex rebus ecclesiasticis triplum fruc- » tuario usu, in suo tantum quid nomine, » sumat. »

Ce texte est positif. Il décide qu'on ne fera pas de précaire des biens d'Église, si celui qui donne à l'Église ne reçoit d'elle, outre l'usufruit de ce qu'il a donné, l'usufruit du double sur les fonds de l'Église; ou bien, dans le cas où il aurait renoncé à l'usufruit de ce qu'il aurait donné, si l'Église ne lui donne un usufruit de terres ecclésiastiques valant le triple.

206. Les rentes viagères furent cependant attaquées avec vivacité au moyen âge par plusieurs théologiens célèbres [6]. La terreur de l'usure leur fit craindre que la rente viagère ne fût un de ces prêts condamnés par la loi religieuse, dans lesquels le créancier reçoit plus qu'il n'a donné. Ces scrupules s'évanouirent à la fin. Henri de Gand, après avoir combattu la légitimité des rentes viagères, changea de sentiment à la lecture du capitulaire de Charles le Chauve, qu'il avait d'abord perdu de vue [7]. La rente viagère devint un placement d'autant plus fréquent que le prêt à intérêt était plus sévèrement réprimé. Les jurisconsultes italiens nous apprennent que, dans la ville du saint-siége, les contrats de rente viagère se pratiquaient tous les jours par les églises, les monastères, les colléges de clercs, sous l'approbation de la commune opinion des docteurs [8], et sans crainte du reproche d'usure [9].

207. Le contrat de rente viagère, en effet, n'a rien de commun avec l'usure. Le revenu assuré au crédirentier n'est pas un intérêt de l'argent qu'il a déboursé pendant un certain temps, pour qu'on le lui rende ensuite. Il est la compensation du capital aliéné à toujours. Et comme la rente viagère repose sur des combinaisons aléatoires, la rente ne saurait être atteinte par la loi du maximum de l'intérêt, et rester renfermée, comme la rente constituée, dans les limites du 5 p. %. Il faut que l'acheteur soit indemnisé, par

[1] Le contrat de rente viagère a été savamment touché par Casaregis, Scaccia, Fontanella, Surdus, Deluca, Gail, etc., etc., dont j'ai cru devoir mettre les doctrines à contribution, bien qu'aucun auteur moderne ne soit remonté jusqu'à eux.

[2] *Supra*, n° 16.

[3] Lib. 2, c. 3, 11 ; et Append., c. 41, 42.

[4] Thomassin, *De l'usure*, p. 465, 466, n°s 14, 15.

[5] Capit. d'Épernay, 22. Il est tiré d'un concile tenu dans le pays messin, et se trouve aussi dans le décret de Gratien, 10, q. 2, c. 4.

[6] *Voy.* notre Préface du *Prêt à intérêt*.

[7] *Quodlibet*, 12, 9, 21.

[8] Le cardinal Deluca, *De censib.*, § 7. Scaccia, § 1, q. 1, n° 296, dit : *Et hanc consuetudinem esse approbatam ex communi doctorum sententia*, et nos passim videmus Romæ quod collegia religiosa vendunt hos census vitalitios. *Junge* Casaregis, disc. 96, n° 9, et And. Gail (2, obs. 8), qui citent le nom d'un grand nombre d'auteurs.

[9] *Et ideo contractus iste non est fœneratitius.* Scaccia, *loc. cit.*, n° 296. — *Junge* And. Gail, 2, obs. 8. — Et Fontanella, *De pact. nuptial.*, claus. 4, glos. 18, part. 3, n° 98.

l'élévation du taux de la rente, de la chance qu'il court de n'en jouir qu'un petit nombre d'années par suite de son décès prématuré [1]. « *Excluditur usura*, dit Casaregis, *ex incertitudine vitæ emptoris, seu ejus ad cujus durationem fuit ille census constitutus; quæ facit quod emptor nihil certi lucri exspectare possit, nec venditor damni; et sic propter æqualem incertitudinem, in æqualitate contractus consistit, neque usuræ locus fit* [2]. »

208. Par là, le contrat de rente viagère se distingue non-seulement du prêt proprement dit, mais encore de la rente constituée, avec laquelle il a cependant les plus grandes analogies. Celle-ci est exempte de chances et d'incertitudes; celle-là est, au contraire, une convention essentiellement aléatoire, dans laquelle le crédirentier risque un capital certain pour l'espérance d'un revenu que la mort lui enlèvera peut-être bientôt, tandis que le débiteur est exposé, en cas de longévité du créancier, à payer en annuités plus qu'il n'a reçu en capital. C'est ce que Casaregis appelle très-bien *commutatio periculi* [3].

209. C'est par suite de ce caractère aléatoire que Scaccia voyait dans la rente viagère un véritable pari, dans lequel l'un gagne le capital, si la mort arrive, tandis que, si elle n'arrive pas, l'autre gagne des annuités [4]. Mais ceci ne doit pas passer sans une observation.

Il est certain, en effet, que l'élément du pari se trouve mêlé au contrat de rente viagère; Casaregis l'appelait *sponsionis genus* [5]. Mais il n'y figure pas comme élément principal, comme cause et but de la convention; il y est revêtu d'autres éléments supérieurs qui donnent à l'agissement un caractère légitime; il y est dominé par une raison d'utilité qui lui enlève sa couleur frivole, et fait place à un contrat juste et honnête [6]. Et quels sont ces éléments réparateurs? Ce sont ceux d'une vente réelle, portant sur une chose actuelle, positive, matérielle, aliénée par l'une des parties moyennant un prix sérieux. Car la rente viagère n'est pas moins une vente que la rente constituée [7], et, sous ce rapport, ces deux contrats sont absolument semblables. Seulement, dans la rente viagère, le capital aliéné pour prix de la rente cherche son équivalent dans un calcul de probabilité que le hasard peut tromper, et c'est ce calcul qui lui communique le caractère d'*alea*. Mais, malgré ce qu'elle a d'aléatoire, malgré les points de contact par lesquels elle tient à la gageure, elle n'en est pas moins, avant tout et surtout, une vente caractérisée et un contrat sérieux qui doit être respecté.

210. Nous ajoutons que le contrat de rente viagère est aussi moral que le pari l'est peu [8] : il procure des secours au vieillard, à l'infirme, à l'indigent; il leur assure des moyens d'existence tirés de la fragilité même de leur vie [9]. Sans doute, il arrivera quelquefois que le débiteur de la rente formera des vœux impies contre la vie de son créancier. Mais cette malice accidentelle et toute personnelle d'un avare impitoyable ne doit pas faire rejaillir de fâcheuses préventions sur le contrat en lui-même, qui est fondé en justice, et prend sa base dans une égalité de chances aléatoires [10]. Je sais aussi que, sous d'autres rapports, l'avarice et l'égoïsme peuvent en abuser. On a vu quelquefois des cœurs froids et moroses, brisant les affections de famille, vouloir que tout périsse avec eux, liens du sang, liens de l'hérédité, patrimoine! Des voluptueux se rencontreront également, qui sacrifieront aux jouissances du présent les devoirs de la parenté et l'union des proches, insultant en épicuriens aux sages idées de conservation, épuisant leur capital par le revenu, et s'inquiétant peu si le lendemain de leur mort il ne restera d'eux ni souvenir, ni regret, ni trace de leur passage. Mais quel est donc le contrat si utile dont on ne puisse faire un mauvais usage? Quel est l'acte si licite et si moral de la vie civile

[1] Scaccia, *loc. cit.*, § 2, gl. 4, art. 150.
[2] Disc. 96, nº 4. — *Junge* Surdus, *De alien*, t. 9, q. 11.
[3] *Loc. cit.* — *Junge* And. Gail, 2, obs. 8. *Infra*, art. 1976, nº 790.
[4] *Supra*, nº 15. — *Voy.* son § 1, quæst. 1, nº 126, où il dit : *A sponsione non discrepat.*
[5] Disc. 96, nº 12.
[6] Scaccia, *loc. cit.*
[7] *Supra*, mon *Comment. du prêt*, nºs 421 et suiv., arg. de l'art. 1971, où l'on voit le législateur parler *du prix* de la rente. — Portalis, *Exposé des motifs de la rente viagère*. (Fenet, t. 14, p. 544 et Locré, t. 15, p. 178.)
[8] Aussi Surdus dit-il : « *Verum sine hæsitatione concludo contractum valere et licitum esse.* » (*De alimentis*, t. 9, q. 11, nº 1.)
[9] Boutteville, tribun. (Fenet, t. 14, p. 562. Locré, t. 15, p. 202.)
[10] Casaregis, disc. 96, nº 4.

qui ne dégénère dans des mains habituées à mal faire? Les dissipateurs se sont ruinés par la vente. Calomnierons-nous le contrat de la vente? On a mis le testament au service de la haine, de la passion, de l'injustice. Repousserons-nous le testament? Quand un usage est bon et utile, il ne faut pas le condamner par crainte de quelques abus. En général, le cœur de l'homme trouve en lui-même des barrières propices pour l'empêcher de se livrer au mal; et la liberté qu'il tient de la Providence est plutôt une source de biens qu'un don fatal. Respectons en conséquence cette liberté dans les contrats; et quand l'expérience a trouvé une conception utile, n'étouffons pas ce développement avantageux par la peur outrée d'inconvénients accidentels.

211. Puisque l'*alea* est un des caractères distinctifs de la rente viagère, il s'ensuit que si elle est arrangée de manière à n'être aléatoire que de nom, elle doit perdre les priviléges particuliers introduits en sa faveur en considération de cette *alea* [1]. J'ai eu occasion d'insister plus d'une fois sur cette vérité pratique [2]. Par exemple, j'ai établi ailleurs qu'une vente à rente viagère, dans laquelle le caractère aléatoire manque absolument, est soumise à la rescision pour lésion, quoiqu'en principe les contrats aléatoires soient affranchis de cette action [3], et cette doctrine a été expressément consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 22 février 1836, portant cassation d'un arrêt de la cour de Toulouse [4]. Mon intention n'est pas d'insister de nouveau sur ce point de jurisprudence. Pour le moment, mettons en relief certaines circonstances qui enlèvent à la rente viagère son cachet de contrat aléatoire.

Par exemple, Pierre vend à Paul un immeuble de 4,000 fr. pour une rente viagère de 200 fr.; où est ici l'incertitude? Quand même la vie de Pierre se prolongerait au delà des bornes ordinaires, Paul ne peut jamais perdre; il ne fait que payer les intérêts ordinaires du capital par lui reçu. D'un autre côté, Pierre ne peut jamais faire à ce marché un véritable gain, puisque Paul ne lui paye que l'intérêt de son argent et rien de plus. Toute la chance consiste en ce que Paul gagnera certainement si Pierre décède promptement, tandis que ce dernier est par cela même exposé à perdre. Mais cette chance de gain du côté de Paul n'est compensée par aucune chance de perte, de même que la chance de perte du côté de Pierre n'est compensée par aucune chance de gain. Le contrat n'est donc pas véritablement aléatoire : il contient tout simplement une vente ordinaire, mélangée de libéralité, ou, suivant les cas, susceptible de rescision.

212. Si l'on veut voir d'autres exemples de rentes viagères dépourvues d'*alea*, on peut consulter les numéros 150, 648 et 791 de mon *Commentaire de la vente*. Je n'insisterai que sur un seul.

« Les époux Boulet vendent à Boutin deux maisons, moyennant le prix de 4,000 fr., payable au décès du dernier survivant des vendeurs, à charge par l'acquéreur de payer jusque-là une rente viagère de 250 fr.

On voit qu'à côté de cette rente viagère de 250 fr., il y avait un capital de 4,000 fr. qui, loin d'être livré *à fonds perdu*, devait se retrouver à une époque fixe, et être livré aux représentants des vendeurs. La rente de 250 fr. n'était donc que l'intérêt de ce capital de 4,000 fr. destiné à être rendu, et s'il excédait de 50 fr. l'intérêt légal de 5 p. °/₀, c'est uniquement parce que les vendeurs avaient consenti à faire une réduction sur le prix principal. Dans ces circonstances, il est clair que la rente de 250 fr., bien que

[1] Par suite, il ne faudra pas qu'elle paye le droit d'enregistrement comme rente viagère (Championnière et Rigaud, t. 2, nos 1307 et 1308).

[2] Mon *Comment. de la vente*, nos 150 et 791.

[3] *Loc. cit.*

[4] Sirey, 36, 186. Cet arrêt a une très-grande importance; je crois qu'il finira par couper court au système bizarre imaginé par quelques cours royales, qui, croyant qu'il n'y avait pas moyen d'atteindre par la rescision une vente à charge de rente viagère, sans *alea*, ont cru venir au secours de la bonne foi en décidant qu'un prix vil n'est pas un prix sérieux, et que la vente devait tomber faute de prix. Un tel système n'est pas soutenable, comme je crois l'avoir démontré dans mon *Comment. de la vente*, n° 150, et mon *Comment. du louage*, n° 3, note. Aussi pensé-je qu'il sera bientôt abandonné, et que l'arrêt de 1836, en ouvrant la voie de la rescision, fermera celle d'une nullité forcée et contraire à toutes les idées raisonnables. *Junge* Nancy, 2 août 1837. (Devill., 39, 2, 183.)

Néanmoins on trouve des traces du système que je repousse dans un arrêt de la cour de Poitiers du 9 juin 1840, qui a été l'objet d'un pourvoi rejeté par la cour de cassation le 23 juin 1841. (Devill., 41, 1, 807.) Remarquons cependant que l'arrêt de Poitiers, simple arrêt interlocutoire, ne faisait qu'ordonner une preuve sur le taux du prix, pour savoir s'il était réel, et qu'ainsi rien n'était décidé en principe. La cour de cassation ne pouvait s'empêcher de rejeter.

viagère, n'était pas purement aléatoire, et que le contrat de vente auquel elle se liait était plutôt, dans son ensemble et dans ses dispositions principales, une véritable vente ordinaire; c'est ce que la cour de Bourges jugea par arrêt du 2 avril 1828 [1].

213. La rente viagère peut être constituée à titre onéreux ou à titre gratuit (art. 1968, 1969). Nous parlerons, dans le commentaire des art. 1969 et 1970, de la rente viagère constituée à titre gratuit.

Quand elle est constituée à titre onéreux, elle est un contrat commutatif dans lequel les chances de gain et de perte que court l'une des parties sont censées être l'équivalent des chances pareilles que court l'autre partie [2] : *commutatio periculi* [3].

214. Elle se crée moyennant un capital reçu par le constituant, et ce capital peut être ou une somme d'argent, ou une chose mobilière appréciable, ou même un immeuble. Le crédirentier, qu'on appelle aussi acquéreur de la rente, aliène au profit du débiteur de cette rente, appelé le constituant [4], la somme d'argent, la chose mobilière, ou l'immeuble; il l'aliène même bien plus absolument que ne le fait l'acquéreur d'une rente perpétuelle [5], car ce dernier peut espérer que le débiteur de la rente ou ses successeurs la rachèteront pour s'en libérer; tandis que l'acquéreur de la rente viagère, dont la mort mettra fin à cette rente, n'a pas l'espoir du rachat. *Sors totalem sentit mortem*, disent les docteurs [6].

215. Mais quelles sont les idées qu'il faut précisément se faire du droit acheté par le crédirentier?

Suivant une doctrine résumée par Pothier [7] et souvent citée, il faut bien se garder de comparer la chose acquise par le crédirentier viager avec la chose acquise par le crédirentier perpétuel. Dans le cas de rente perpétuelle, dit-on, il reste, en place du capital aliéné, une créance productive de fruits, et le payement de ces fruits ne diminue en rien le montant de cette créance; l'être métaphysique qui engendre les revenus annuels ne souffre aucun amoindrissement par la perception de ces annuités.

Dans la rente viagère, au contraire, les annuités ne sont pas le produit d'un être métaphysique qui les domine; elles sont la créance même, elles sont l'être même de la rente. Il n'y a pas de capital [8].

Cette doctrine ne nous semble pas exacte. Imaginée, soit pour soustraire les rentes viagères aux prohibitions du pape Pie V relatives aux rentes constituées [9], soit pour enlever à ces rentes le caractère d'immeubles donné aux rentes constituées par plusieurs coutumes, elle souffrait de sérieuses difficultés, même dans l'ancienne jurisprudence, et Pothier, bien que laissant pénétrer un secret penchant pour elle, ne pouvait s'empêcher de reconnaître qu'elle ne prévalait pas au palais.

Voici, en effet, ce que l'on y répondait :

Pourquoi n'y aurait-il pas dans la rente viagère, comme dans la rente constituée, un droit supérieur, une créance productive d'arrérages? Pourquoi ne supposerait-on pas que les arrérages sont engendrés, dans la rente viagère, par un être mural et *intellectuel*, de la même manière qu'*ils le* sont dans la rente constituée? Seulement, cet être métaphysique, distinct des arrérages, est périssable dans la rente viagère, tandis qu'il est perpétuel dans la rente constituée. Mais on ne voit pas par quel motif plausible on serait fondé à dire que les arrérages de la rente viagère sont la créance même. Ils ne sont que des fruits.

Cette réponse est excellente. Le sentiment qu'elle fait prédominer, bien que repoussé par Toullier [10], trouve le plus solide appui dans plusieurs dispositions du Code civil. C'est aussi celui de Delvincourt [11].

D'abord l'art. 584 du Code civil range

---

[1] Dalloz, 29, 2, 180. — Mon *Comment. de la vente*, n° 648.
[2] Pothier, n° 217.
[3] *Supra*, n° 208.
[4] Art. 1977, 1979.
[5] Pothier, n° 227.
[6] Deluca, *De censib.*, § 7, n° 82.
[7] N° 249. *Junge* Toullier, t. 12, n° 110.
[8] Casaregis formule ce système de cette manière : « *In effectu, fructus, qui percipitur ex juribus vitalitiis, revera non est fructus, sed potius distributa exactio sortis sub incerto eventu.* » (Disc. 96, n° 14.) Le cardinal Deluca, partisan de cette idée, disait : « *Revera iste contractus nullam habet sortem, vel salvam substantiam, fructuum vel accessionum in statuto tempore productivam, naturalium fructuum ad instar, ut in perpetuo censu dignoscitur.* » (*De censib.*, § 7, n° 82.)
[9] *Voy.* mon *Comment. du prêt*, n° 420.
[10] T. 12, n° 110. Il ne cite que Pothier ; mais il s'arrête à la première partie de l'opinion de cet auteur, et ne parle pas des raisons contraires énumérées par Pothier, et données par ce dernier comme décisives au palais.
Tellement décisives, en effet, que Pothier leur subordonne la question qu'il examine au n° 250.
[11] T. 2, p. 370, n° 1.

dans la classe des fruits civils les arrérages des rentes. Ce texte est général. Il ne fait pas de distinction et ne prononce pas d'exclusion. Il comprend les arrérages des rentes viagères, aussi bien que les revenus des autres rentes. Or, si les arrérages d'une rente viagère sont un fruit civil, ils ne représentent donc pas l'être même de la rente.

L'art. 588 du Code civil est encore plus formel. Il veut que l'usufruitier d'une rente viagère ait le droit d'en percevoir les arrérages pendant la durée de l'usufruit, sans être tenu de les restituer à la fin de cet usufruit. Si les arrérages de la rente viagère étaient tout le fonds même de la rente, il est évident que l'usufruitier, n'ayant pas le droit de consommer le fonds grevé d'usufruit, et ne pouvant jouir que *salva rerum substantia*, devrait se borner à placer les annuités de la rente viagère pour en toucher les intérêts seulement; il est évident que la somme de ces annuités, vrai fonds de la rente, devrait être conservée pour être rendue avec tous les autres capitaux. Et c'est en effet l'opinion que soutenaient dans l'ancien droit quelques auteurs pénétrés de l'idée que la rente viagère n'a pas de capital [1]. Mais l'art. 588 a expressément proscrit ce système; et, en laissant au droit de l'usufruitier sa légitime extension, il a montré, par là même, la véritable nature de ces arrérages qu'il lui permet de consommer.

La même conclusion se tire des art. 610 et 1401, n° 2, du Code civil. Les arrérages de la rente viagère y sont considérés comme des fruits [2].

Mais que dirons-nous des art. 1909 et 1910? Les arrérages n'y sont-ils pas qualifiés du nom d'*intérêts d'un capital?* n'y sont-ils pas représentés comme la génération d'un être intellectuel distinct? et la rente viagère n'y est-elle pas mise, sous ce rapport, sur la même ligne que la rente constituée?

Puis viennent, et l'art. 1977, qui prévoit le cas où le créancier peut rentrer dans le capital de la rente viagère;

Et l'art. 2277 du Code civil, qu'on n'a jamais pensé à déclarer inapplicable aux arrérages d'une rente viagère;

Et l'art. 2151 du Code civil, qui, par sa liaison avec la loi de brumaire an 7 et l'art. 14 de la loi du 9 messidor an 3, démontre qu'aux yeux du législateur moderne, les arrérages de la rente viagère sont un intérêt produit par un capital [3].

A cet ensemble de preuves, toutes topiques et victorieuses, on oppose les art. 1980 et 1978 du Code civil [4]; mais on verra par l'explication de ces deux textes qu'on en tire des conclusions exagérées.

216. Nous avons dit au n° 209, et l'on vient de voir, que le contrat de constitution de rente viagère est une vraie vente dans laquelle la rente est la chose vendue. Ce principe est incontestable toutes les fois que le prix payé par l'acquéreur de la rente est une somme d'argent. C'est en vue de ce cas que les anciens auteurs qui ont le mieux approfondi cette matière ont ramené à une vente de la rente les combinaisons sur lesquelles repose la constitution de rente viagère; c'est précisément à ce cas qu'ils ont attribué le nom spécifique du contrat *de constitution de rente viagère*. Le traité de la *Rente viagère* de Pothier roule tout entier sur cette hypothèse d'une constitution de rente à prix d'argent [5]. On y voit perpétuellement la rente figurant comme la chose vendue, tandis que la somme d'argent payée par le crédirentier est le prix [6].

217. Mais en est-il de même lorsque la chose aliénée par l'acheteur de la rente consiste, non pas *in numerata pecunia*, mais en objets mobiliers ou immobiliers? Le contrat n'est-il pas alors moins un contrat de constitution de rente qu'une vente de ces objets mobiliers ou immobiliers à fonds perdu? En un mot, les rôles ne sont-ils pas changés, et ne sont-ce pas les objets mobiliers ou immobiliers qui sont la chose vendue, tandis que la rente viagère n'est que le prix?

L'affirmative est la seule réponse qu'on puisse faire à cette question.

En effet, il est impossible de donner le nom de prix à une chose mobilière ou immobilière, comme on le donne à une somme d'argent. J'ai exposé les principes à cet égard dans mon *Commentaire de la vente* [7] et dans une dissertation insérée dans mon *Com-*

[1] Voet, 7, 1, 25. *Voy.*, au surplus, *Répert.*, v° *Usufruit*. Et surtout Proudhon, *Usufruit*, t. 2, n° 1055; et t. 4, n° 1824.
[2] Proudhon, t. 4, n° 1824.
[3] Mon *Comment. des hypoth.*, n° 700, pose le principe et montre l'application de l'art. 2151.
[4] Toullier, t. 12, n° 110.
[5] N° 215.
[6] *Junge* art. 1971.
[7] N°s 146, 147.

mentaire de l'échange [1]. Le prix de vente doit nécessairement consister en argent.

Si donc la rente viagère est constituée moyennant un immeuble ou des objets mobiliers, les positions sont interverties. Ce n'est pas la rente qui est vendue, c'est elle qui devient le prix [2]; la chose, *res*, ce sera l'immeuble, ce seront les objets mobiliers.

218. Et comme les contrats prennent leur dénomination de l'agissement principal qu'ils réalisent, il s'ensuit qu'on ne donnera pas à celui-ci le nom de constitution de rente, lequel laisserait supposer que la création de la rente a été l'affaire principale et le fait dominant; on l'appellera vente de tel domaine, vente de tel fonds de magasin à fonds perdu ou à charge de rente viagère [3], parce que l'affaire principale est la vente et l'achat de ces choses [4].

Ainsi, il ne faut pas oublier cette distinction : quand c'est la rente qui est la chose vendue, c'est alors que le contrat est véritablement le contrat de constitution de rente, contrat *sui generis* qui a ses principes propres. Mais quand la rente viagère n'est que le prix, le contrat prend le nom de vente à fonds perdu et conserve, sauf quelques exceptions, les attributs principaux du contrat de vente [5].

Voici maintenant les conséquences de cette observation. Elles sont importantes.

219. D'abord, au point de vue fiscal, la loi de l'enregistrement ne considère comme vraies constitutions de rentes viagères que celles qui sont faites à prix d'argent. C'est seulement en elles qu'elle voit la rente viagère proprement dite.

Quant aux rentes viagères créées pour vente de meubles ou d'immeubles, elle s'attache particulièrement à la transmission de la chose, qui est prédominante à ses yeux. Elle traite le contrat comme contenant une aliénation et une transmission de l'immeuble ou des meubles [6].

220. Ce n'est pas tout. Quand, passant du droit fiscal au droit commun, on vient à examiner la question de savoir si le contrat de constitution de rente viagère est réel, on aperçoit tout de suite qu'il ne l'est pas moins que la rente perpétuelle [7], pourvu, toutefois, qu'il s'agisse du cas où le débiteur de la rente reçoit une somme d'argent pour prix de cette rente. Dans cette hypothèse, l'obligation du débiteur n'est parfaite que par la réception du capital. Les textes sont formels à cet égard. Puisque la rente viagère est une variété de la constitution de rente perpétuelle, et que la rente perpétuelle est assimilée par l'art. 1929 du Code civil à un prêt, il s'ensuit que, dans les principes du Code civil, calqués, du reste, sur ceux de l'ancienne jurisprudence [8], le contrat de rente viagère à prix d'argent est réel.

Sans doute si Pierre s'oblige envers Paul à lui compter dans six mois une somme de deniers pour laquelle Paul lui constituera une rente viagère, cette convention est obligatoire, et si Pierre y manque, il sera tenu des dommages et intérêts de Paul. Mais ce ne sera pas un contrat de constitution de rente viagère. Ce dernier contrat ne se réalisera qu'autant que la somme aura été effectivement payée.

221. Supposons maintenant que le capital fourni soit un immeuble ou des meubles, et non pas une somme d'argent. Alors (nous l'avons déjà dit), ce n'est pas la rente qui est vendue, c'est le capital mobilier ou immobilier que l'on vend et que l'on achète à la charge d'une rente. La constitution de rente viagère cesse d'être le but dominant et la fin spécifique du contrat; elle n'est créée qu'à titre de prix, à titre de charge de l'aliénation [9]. Dès lors, le rôle subordonné qu'elle joue dans un contrat aussi fortement caractérisé que la vente la plie nécessairement à quelques-uns des principes particuliers à cette espèce de convention; il s'opère une mutuelle réaction de la vente sur la rente viagère, de la rente viagère sur la vente, qui, sans faire rétracter aucune des règles fondamentales en ces matières, conduit cependant à les modifier.

---

[1] N° 4.

[2] Duparc-Poullain dit très-bien : *Il est certain que la rente viagère* EST LE PRIX *du fonds* (t. 3, p. 101, n° 88). — *Voy.* l'art. 918, Code civ.

[3] Arg. de l'art. 918, Code civ.

[4] Arg. de ce que dit Pothier, *Des retraits*, n° 79.

[5] *Junge* arg. d'un arrêt de la cour de cassation du 15 nov. 1836. (Dalloz, 36, 1, 409.)

[6] Championnière et Rigaud, *Dict.*, v° *Rente viagère*, n° 4; et *Traité des droits d'enreg.*, t. 2, n° 1306.

[7] *Supra*, *Prêt*, n° 422. — Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enreg.*, t. 2, n° 1306.

[8] Pothier, n° 221.

[9] Arg. de l'art. 918, Code civ.

C'est ainsi que nous verrons l'art. 1978 du Code civil altérer un des principes les plus familiers en matière de vente. Mais, par réciprocité, c'est ainsi que la rente viagère constituée pour prix d'un immeuble se prête à la nature de la vente et en revêt certains attributs. Quel est le but d'un pareil contrat? C'est avant tout une transmission d'immeuble. Aussi le vulgaire lui donne-t-il un nom très-significatif en l'appelant *vente à fonds perdu*. On ne doit donc pas le juger au point de vue de la rente viagère pure. Il faut se placer aussi à l'horizon de la vente d'un immeuble, et tenir compte du rôle si important qu'y joue cette dernière convention.

Or, comment le contrat en question ne serait-il pas consensuel, puisqu'il est une vente? Peu importe, du reste, que le prix de cette vente soit une rente viagère. Cette circonstance, grave sans doute et féconde en résultats sous d'autres rapports, ne saurait enlever à la vente de la chose ses attributs essentiels.

222. Nous disons donc que la vente à fonds perdu, distincte en ce point de la rente viagère ordinaire, est consensuelle, tandis que celle-ci est réelle. Si une vente d'immeubles est faite à fonds perdu, elle est parfaite par le consentement, tout aussi bien que si le prix n'était pas une rente viagère. L'acheteur est devenu propriétaire par le seul effet de la volonté, sans le fait matériel de la tradition; la chose périt pour lui. Il doit les arrérages à partir du contrat. Le décès du vendeur avant même que la tradition ait eu lieu met fin à la rente, et l'acquéreur demeure maître de la chose vendue.

223. Maintenant, veut-on savoir si le contrat de rente viagère est unilatéral ou synallagmatique? Notre distinction éclaircit la matière et prépare la solution.

Unilatéral quand la rente viagère est constituée à prix d'argent, il devient synallagmatique lorsque la rente viagère n'est que le prix d'un immeuble ou d'objets mobiliers.

224. La rente viagère, quelle que soit la manière dont elle est constituée, appartient à la classe des meubles.

Dans l'ancien droit français, ce caractère mobilier ne lui était pas universellement attribué (1). Aujourd'hui, il ne saurait plus y avoir d'hésitation à cet égard (2). La rente viagère est meuble, quand même elle aurait pour sûreté une hypothèque.

225. Ceci posé, faut-il décider qu'en tant que meuble, elle doit tomber en communauté par l'effet du mariage, ou bien doit-on admettre la présomption que l'époux propriétaire de cette rente a entendu qu'il ne fournirait à la communauté que les arrérages échus pendant le mariage, le capital de la rente lui restant nature de propre?

L'intérêt de cette question est grave. Si la rente entre en communauté, il faudra qu'à la dissolution du mariage l'époux survivant qui l'a apportée la partage avec les héritiers de l'autre époux prédécédé. Si au contraire la rente viagère n'entre en communauté que pour les arrérages et non pour le capital, l'époux survivant qui en était propriétaire lors du mariage la reprendra à la dissolution pour en jouir exclusivement.

Dans le sens de la première opinion, on peut consulter une dissertation de Toullier (3), dans laquelle des doctrines hasardées se trouvent mêlées avec de très-spécieux arguments. Écartons toute la partie de cette dissertation que repousse une saine critique, et attachons-nous à ce qui surnage de plausible.

La rente viagère, dit Toullier, quoique n'ayant pas le caractère de pension alimentaire, n'est pas moins attachée par sa nature à la personne au profit de qui elle a été créée. Elle est mesurée sur la vie de celle-ci; elle dépend de son existence; elle est destinée à lui assurer de l'aisance dans ses derniers jours. Peut-on supposer, dès lors, que, par l'effet seul du mariage en communauté et sans stipulation expresse, le crédirentier a entendu s'en dépouiller? Rien ne serait plus contraire à la nature des choses et à toutes les probabilités reçues en cette matière.

Nous répondons en deux mots : L'art. 529 du Code civ., combiné avec l'art. 1401, a averti l'époux que la rente viagère est un meuble qui, de droit, tombe dans la communauté. Pourquoi, en personne prudente, ne l'en a-t-il pas exceptée?

J'admets qu'il y a quelque chose de personnel dans la rente viagère : néanmoins elle est cessible (4). Or, qui ne sait que la

(1) Pothier, n° 249. — Duparc-Poullain, t. 5, p. 98, n° 80.
(2) Art. 529, Code civ. — *Supra*, *Prêt*, n° 447.
(3) T. 12, n° 110.
(4) *Infra*, sur l'art. 1981.

mise en communauté renferme une cession, une aliénation [1]?

226. Pour constituer une rente viagère à titre onéreux, les parties peuvent employer la forme de l'acte sous seing privé aussi bien que la forme solennelle des actes notariés [2].

227. Et comme le contrat de constitution de rente viagère est unilatéral lorsqu'il a pour prix un capital en argent, il suffit que l'acte soit signé par le constituant; il n'est pas nécessaire qu'il soit fait double.

C'est ce qu'a décidé la cour royale d'Angers par un arrêt du 18 février 1837 [3], dans lequel je lis ce considérant :

« Attendu que la constitution d'une rente » viagère, *quand elle est le prix d'une somme » d'argent*, peut être régulièrement faite par » acte unilatéral, signé seulement de celui » qui prend l'engagement de la servir, et » qui est, de fait, la seule partie qui s'o» blige. »

La cour se trompe quand elle dit que la rente viagère est le prix de la somme d'argent. Elle renverse l'ordre des rapports et des idées. C'est la somme d'argent qui, au contraire, est le prix de la rente viagère. Mais, au fond, son considérant est juridique. Il rentre dans les principes exposés ci-dessus, nos 216, 223 et suivants.

228. L'acte sous seing privé par lequel on constitue une rente viagère doit être enregistré pour faire foi de sa date à l'égard des tiers.

Pour comprendre l'étendue de cette proposition, il faudra se reporter à notre dissertation sur les ayants cause, dans notre *Commentaire des hypothèques* [4], et aux réflexions auxquelles nous nous livrons plus bas aux nos 277 et suivants.

On va voir maintenant les conséquences du défaut d'enregistrement. L'exemple suivant est remarquable :

Dugrand-Launay souscrit un acte sous seing privé, par lequel il constitue une rente viagère de 212 fr. au profit de Dugrez, son jardinier, moyennant un capital de 2,600 fr. Cet acte porte la date apparente du 6 janvier 1835; il n'est signé que par Dugrand-Launay seul, Dugrez ne sachant pas écrire; et il y est stipulé que la rente prendra cours de ce jour.

L'écrit resta entre les mains du constituant. Il ne fut enregistré que le 12 juillet 1838, après le décès de Dugrez.

Les héritiers de ce dernier actionnèrent Dugrand-Launay en remboursement des 2,600 fr., soutenant que le prétendu acte de constitution de rente viagère était postérieur au décès du crédirentier; qu'ainsi la constitution était nulle et sans effet, aux termes des art. 1974 et 1975 du Code civ.

Dugrand-Launay offrit de prouver par la preuve testimoniale que la constitution de rente remontait à une époque antérieure au décès de Dugrez. Mais il n'y fut pas reçu, et, par arrêt du 18 février 1837, la cour royale d'Angers décida très-bien que la véritable date pour les tiers était celle du jour de l'enregistrement [5].

Comment, en effet, aurait-on pu se dispenser d'appliquer à la cause l'art. 1328 du Code civ.? Ceux qui contestaient la date de l'acte sous seing privé n'étaient pas les héritiers de celui qui l'avait signé; ils se présentaient comme ayants cause d'une personne qui n'avait pas constaté sa participation à l'acte par sa signature. Ils étaient donc tiers dans toute l'étendue et dans toute l'énergie du mot.

Je fais observer, du reste, qu'il *faut* se garder de confondre l'espèce jugée par cet arrêt d'Angers avec les hypothèses dont nous parlerons bientôt aux nos 277 et suivants. Dans celles-ci, on s'apercevra que toute la difficulté vient de ce que les personnes qui contestent la date de l'acte sont héritières de l'une des parties qui l'a signé; et dès lors l'application de l'art. 1328 soulève des objections qui n'existent pas dans notre cas actuel.

229. Quand la rente viagère n'est que le prix et la charge d'une aliénation, l'acte est soumis aux formalités ordinaires en matière de vente.

230. Nous venons de parler d'une rente viagère constituée à titre onéreux. Avant de passer aux deux articles suivants qui traitent de la rente viagère constituée à titre gratuit, nous avons à présenter une observation qui s'applique aux unes et aux autres.

C'est que la rente viagère, sous le rapport de la qualité du revenu qu'elle procure,

[1] *Junge* Duranton, t. 14, no 125.
[2] Pothier, no 243.
[3] Sirey, 39, 426. — Devill., 39, 2, 426.
[4] No 536.
[5] Devill., 39, 2, 426.

est absolument semblable à la rente constituée, si ce n'est qu'elle est périssable, tandis que la rente constituée est perpétuelle. Ainsi donc, de même que la rente perpétuelle, elle doit consister en une somme fixe en argent, ou en une quantité déterminée de fruits, annuellement payable en un ou plusieurs termes. Le mot rente, bien que la grammaire le fasse dériver de *reditus*, qui embrasse d'une manière générale tout revenu quelconque des choses, n'a pas une signification si étendue dans la langue du droit. Il se prend en jurisprudence pour une redevance ou une prestation périodique et cessible, réduite à une quantité fixe, précise, déterminée.

Il suit de là que le contrat de rente viagère ne doit pas être confondu avec la convention par laquelle une partie s'assurerait, moyennant un prix, la nourriture, le logement et le vêtement jusqu'à la fin de sa vie. Cette dernière convention est un bail à nourriture; elle ne se règle pas par les principes particuliers à la rente viagère [1].

ARTICLE 1969.

Elle peut être aussi constituée à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou par testament. Elle doit être alors revêtue des formes requises par la loi.

ARTICLE 1970.

Dans le cas de l'article précédent, la rente viagère est réductible si elle excède ce dont il est permis de disposer; elle est nulle, si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir.

SOMMAIRE.

231. De la rente viagère constituée à titre gratuit. Elle ne trouve sa place que par occasion dans le titre *du Contrat de rente viagère*.
232. Elle se règle, quant à la forme, par les principes particuliers aux donations et testaments.
233. Elle se règle aussi par les principes des donations et testaments pour les cas d'excès et d'incapacités.
234. Les art. 1975 et 1978 ne lui sont pas applicables.
235. Mais elle trouve des règles applicables dans les art. 1973 et 1981.

COMMENTAIRE.

231. Une rente viagère peut faire l'objet d'une libéralité. Pour gratifier une personne par un avantage tout personnel, on lui assure, au lieu d'un usufruit, une rente viagère que l'on constitue, soit par donation entre-vifs, soit par testament.

Dans l'un et l'autre de ces deux cas, la rente viagère cesse d'appartenir à la classe des opérations aléatoires; elle ne trouve sa place que par occasion dans le titre XII, et elle se gouverne par des principes propres, qui ne permettent pas de confondre ses règles avec celles des rentes constituées à titre onéreux [2].

232. Aussi, l'art. 1969 renvoie-t-il au titre *Des donations et des testaments* pour les formalités dont elle doit être revêtue afin d'être valable.

233. C'est aussi ce que fait l'art. 1970 pour le cas où le don d'une rente viagère par acte entre-vifs ou par testament excéderait la portion disponible [3], ou pour le cas où ce don serait fait à une personne incapable [4].

234. Ainsi, une rente viagère constituée gratuitement a ses formalités, ses incapacités, ses nullités propres, et il ne faut pas lui appliquer facilement les principes que le

[1] Voy. *infra*, un exemple de ceci, sur l'art. 1978.
[2] Cass., chambre civ., r., 18 juillet 1836. (Sirey, 36, 533.)
[3] Art. 917.
[4] Art. 25, Code civ. et 901 et suiv.

législateur a établis dans les articles suivants pour les rentes constituées à titre onéreux. On n'étendra donc pas jusqu'à elle l'art. 1975 [1] ni l'art. 1978 [2], etc., etc.

235. Il y a cependant quelques cas par lesquels les dons et legs de rente viagère appartiennent à notre matière; les articles 1973, 1981, les signalent et s'en occupent.

ARTICLE 1971.

La rente viagère peut être constituée soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers, qui n'a aucun droit d'en jouir.

SOMMAIRE.

236. De la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée.

237. Habituellement elle est constituée sur la tête du créancier.

238. Mais on peut la constituer sur la tête d'une tierce personne désintéressée.
Explications à cet égard. Le décès seul de cette personne fait évanouir la rente, et non le décès du créancier.

239. Ce tiers désintéressé n'a besoin d'être revêtu d'aucune condition de capacité. Il est *in conditione* et non pas *in dispositione*.

240. Du reste, cette sorte de convention est reçue ; elle ne se suppose pas facilement.

241. On peut même constituer la rente sur la tête du vendeur. Exemples empruntés à la jurisprudence italienne.

COMMENTAIRE.

236. Les art. 1971 et suivants s'occupent de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée.

Puisque la rente viagère est un contrat aléatoire fait sur la vie, il doit nécessairement et essentiellement y avoir une tête certaine et existante dont la vie soutienne et dont la mort termine l'agissement.

237. Ordinairement, c'est sur la tête du créancier de la rente que les chances reposent, et que la rente est constituée. Le créancier qui a fourni le prix est en général, tout à la fois, l'acheteur de cette rente et le sujet de l'*alea*. Ainsi, si Pierre paye 10,000 fr. à Paul pour avoir une rente viagère de 700 fr., il est censé que c'est la vie de Pierre qui a été prise en considération pour mesurer et calculer les chances respectives. On dit alors, dans le langage juridique, que la rente est constituée sur la tête de Pierre.

238. Cependant, les parties sont maîtresses de constituer la rente sur la tête d'une tierce personne, qui n'y est nullement intéressée [3], et qui même ne doit ni figurer au contrat, ni en recueillir les avantages. Par exemple, Pierre fournit à Jacques une somme de 10,000 fr., à condition que ce dernier lui payera une rente viagère de 700 fr. constituée sur la tête de Sempronius dont il emprunte la tête [4]. Sempronius n'est désigné dans le contrat que parce que c'est sa vie naturelle qui doit être la mesure de la rente. Peu importe qu'il soit absent, que son nom soit pris à son insu, et qu'il n'ait pas intérêt au contrat. Si l'on a fait intervenir son nom dans la convention, ce n'est pas pour qu'il en recueille les avantages; c'est pour trouver dans son existence une règle de temps et de durée [5]. De même qu'une convention peut dépendre de l'arrivée incertaine de tel vaisseau aux grandes Indes, de même une rente viagère peut être sub-

---

[1] Arrêt précité du 18 juillet 1836. *Infra*, sur l'article 1975.
[2] *Id Infra*, sur l'art. 1978.
[3] Fontanella, *De pactis nuptialib.*, claus. 4, gl. 18, part. 3, n° 99.
[4] Expression énergique de Siméon, tribun. (Fenet, t. 14, p. 552. Locré, t. 15, p. 188.)
[5] Pothier, n° 226.

ordonnée à la vie et à la mort de telle personne désintéressée dans le contrat. Celui qui a fourni le prix n'en est pas moins créancier de la rente et appelé à en toucher les arrérages tant que vivra cette personne désignée par forme de condition. Seulement, on remarquera que, dans ce cas, la rente n'est appelée viagère que par rapport à la vie de ce tiers dont la mort la fera évanouir. Mais elle n'est pas viagère en ce sens qu'elle durera pendant toute la vie du créancier. Si le tiers indiqué meurt avant le créancier, ce dernier en sera privé dès ce moment.

239. Le tiers dont on a emprunté la vie n'a pas besoin de réunir les conditions ordinaires d'aptitude et de capacité [1]. La raison en est évidente; il n'y a pas de disposition qui le concerne; il n'y a, à son égard, qu'une condition puisée dans les éventualités de son existence.

240. Après cela, il est inutile de dire que de telles combinaisons ne sont pas fréquentes, au moins en France; on ne les suppose pas facilement [2]; elles ne peuvent ressortir que d'une volonté exprimée avec clarté.

241. Puisqu'on peut faire reposer les chances aléatoires de la rente sur la tête d'un tiers, on peut, par identité de raison, la constituer sur la tête du débiteur [3].

Par exemple, je vous livre un capital de 10,000 fr. à condition que vous me payerez pendant toute votre vie une rente de 700 fr. Cette convention est permise; mais elle est une déviation des idées que l'on attache ordinairement au contrat de rente viagère; car, comme le disait le tribun Duveyrier : « L'usage le plus ordinaire est que la rente viagère soit constituée sur la tête de celui qui l'acquiert et qui en paye le prix. *C'est la conséquence naturelle de son objet d'être attachée à la vie même qu'elle est chargée d'entretenir* [4]. »

Cependant on en trouve des exemples dans la jurisprudence, et Casaregis cite une espèce où une telle constitution fut soumise au tribunal dont il faisait partie [5]. Il remarque avec raison qu'un tel mode de constitution écarte tout à fait le *votum captandæ mortis* que quelques auteurs ont reproché à la rente viagère, et il s'appuie de cette circonstance pour démontrer que ces coupables pensées ne sont pas la conséquence nécessaire du contrat, mais bien plutôt le fruit d'une mauvaise disposition personnelle.

ARTICLE 1972.

Elle peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

SOMMAIRE.

242. La rente viagère peut être constituée sur plusieurs têtes.
243. Du sort de la rente quand une des têtes vient à périr.
244. Si les deux têtes sont désintéressées, la rente n'en est pas affectée; elle continue intégralement jusqu'à l'extinction de toutes les têtes.
245. Si elle est constituée sur deux têtes créancières, le décès de l'une éteint-il la rente pour moitié? — Détails à ce sujet. Autorités et arrêts. Il faut décider que la rente continue pour le tout jusqu'à l'extinction des deux têtes. Réfutation des objections.
246. Suite.
247. La constitution sur deux têtes influe sur le taux de la rente viagère.

COMMENTAIRE.

242. L'esprit de calcul et d'invention ne s'est pas borné à séparer la tête sur laquelle la rente est constituée de la tête au profit de laquelle elle est constituée; une autre combinaison a multiplié les têtes qui en entretiennent la durée [6].

---

[1] Pothier, n° 226.
[2] *Voy.* les paroles de Duveyrier, au numéro suivant.
[3] Casaregis, disc. 96, n° 6. — Pothier, n° 226; et après eux Duranton, t. 18, n° 130; Zachariæ, t. 3, p. 82, qui ne les citent pas.
[4] Fenet, t. 14, p. 562. Locré, t. 15, p. 202.
[5] Disc. 96, n° 6.
[6] Pothier, n° 223. — Fontanella, *De pactis nupt.*, cl. 4, gl. 18, part. 3, n° 99, nous apprend que cela était permis en Catalogne, mais défendu en Castille, n° 102.

On peut donc constituer une rente sur plusieurs têtes, soit pour en attribuer successivement la jouissance aux personnes sur l'existence desquelles cette rente repose, soit pour en assurer les avantages à soi-même et à ses héritiers jusqu'à l'extinction de toutes les têtes auxquelles elle a été attachée [1].

243. Mais quel sera le sort de la rente quand l'une des vies qui servent d'assiette à la constitution vient à finir? la rente est-elle diminuée de moitié? doit-elle au contraire continuer en entier?

Ces questions méritent examen.

244. Il est cependant un premier cas où la solution se présente d'elle-même. C'est celui d'une rente constituée sur la tête de deux ou plusieurs tierces personnes non intéressées au contrat.

Puta, Pierre fournit une somme de 10,000 francs à François, et stipule qu'il lui sera payé une rente viagère de 700 francs, constituée sur la tête de Titius et Sempronius.

Dans cette hypothèse, il est manifeste que la rente ne cesse pas pour partie par le seul décès de Titius ou de Sempronius. Elle continue à subsister pour le tout jusqu'à ce que le décès de l'un et de l'autre soit arrivé. La condition de son extinction est dans la mort de Titius et de Sempronius, et ce n'est que par ce double décès que cette condition est apurée. Tant qu'un seul des individus désignés survit à l'autre, le contrat reste entier, et l'on ne peut pas plus le diviser que l'anéantir [2].

245. Mais que déciderons-nous dans le cas où la rente étant constituée sur la tête et au profit de deux personnes, l'une d'elles vient à cesser de vivre? La rente périra-t-elle pour moitié?

Par exemple, un mari fournit à Pierre une somme de 10,000 francs provenant des deniers de la communauté, et fait constituer une rente de 600 francs à son profit et au profit de son épouse sur la tête de l'un et de l'autre. Il décède. La rente sera-t-elle éteinte pour moitié et ne subsistera-t-elle que pour 300 francs? ou bien Pierre devra-t-il continuer à la servir à l'épouse survivante pour la totalité?

Pothier a touché cette question, et il la résout pour le système de l'intégrité de la rente [3]. Duveyrier, dans son discours au corps législatif, suppose également qu'il en doit être ainsi [4], et c'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 18 janvier 1830 [5]. La décision attaquée devant elle émanait de la cour royale d'Agen, et portait en thèse de droit qu'il n'existe dans la loi aucune disposition qui ordonne la diminution de la rente à mesure de l'extinction des têtes. L'arrêt de rejet déclare *in terminis* que c'est là une juste interprétation de l'article 1972 du Code civ.

Cette jurisprudence me paraît excellente [6]; elle est conforme, du reste, à l'autorité de Balde [7] et de Fontanella [8], que l'on ne cita pas dans la discussion, mais qui tranchent la difficulté d'une manière positive.

Si la rente devait s'éteindre pour moitié par le décès d'un des crédirentiers, il ne serait pas exact de dire que le contrat a constitué une rente sur deux têtes. La vérité serait qu'il y aurait deux rentes viagères distinctes, sur deux têtes séparées.

Une rente est un être métaphysique, qui ne peut périr par parties; elle vit pour le tout ou elle s'éteint pour le tout; il n'y a pas de milieu entre ces deux extrêmes.

C'est ainsi qu'une rente constituée ne peut être rachetée par partie [9]. Pourquoi? Parce que le rachat d'une rente est un moyen d'extinction, une cause de résolution, et qu'on ne résout pas un contrat par partie. Par identité de raison, le décès qui est la cause extinctive de la rente viagère ne saurait opérer par fractions séparées.

J'ajoute que la condition d'extinction dans la rente viagère en question est le double décès des deux personnes sur la tête desquelles elle a été constituée. Or, tant que l'une des deux têtes vit encore, comment peut-on dire que la condition s'est réalisée? Et si la condition ne s'est pas réalisée, comment peut-on enlever à la rente son intégrité?

Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, le demandeur, dont j'ai consulté au greffe la requête ampliative, ne niait pas

[1] Duveyrier. (Fenet, t. 14, p. 562. Locré, t. 15, p. 202.)
[2] *Id.*, *ib.*
[3] N° 242.
[4] Fenet, t. 14, p. 563. Locré, t. 15, p. 203.
[5] Req., rejet, Agen. (Dalloz, 30, 1, 79.)
[6] Duranton, t. 18, n° 134, est d'avis contraire.
[7] Cons. 292, lib. 5.
[8] Claus. 4, gl. 28, part. 3, n° 114. « *Disputat Baldus numquid, si sita unius extinguatur, cessare debeat medietas pensionis; et resolvit quod non.* »
[9] *Supra*, *Prêt*, n° 463.

que lorsque la rente est constituée sur deux têtes, elle doive persister en entier jusqu'à l'extinction de ces deux têtes. Mais il soutenait que la cour royale avait eu tort de voir dans le contrat une constitution de rente assise sur deux têtes; il soutenait que la rente en question était tout simplement une rente due à deux personnes et naturellement divisible; il soutenait que c'était par un excès de son droit d'interprétation que la cour royale avait fait subir à une rente de cette dernière espèce la condition d'une rente assise sur deux têtes. Je cite presque textuellement.

On ajoutait ensuite un moyen tiré de la violation des principes anciens qui n'attribuaient au survivant des époux que la moitié des arrérages des rentes viagères constituées au profit des deux époux. Mais l'on ne faisait pas attention que Pothier, que l'on citait à l'appui de cette défense [1], est bien loin de conclure de là que la rente doit s'éteindre pour moitié; cet auteur établit au contraire que si le survivant n'a droit qu'à la moitié de la rente, l'autre moitié est acquise aux héritiers de l'époux prédécédé [2]! Ainsi point d'extinction partielle de la rente. Je ne sais dès lors s'il était nécessaire d'ajouter, comme l'a fait la cour de cassation, que le partage de la rente était fondé sur la disposition des coutumes qui défendaient aux époux de s'avantager, et que ces dispositions prohibitives ont été abrogées par l'art. 1094 du Code civ. Cette réponse de l'arrêt est surabondante et inutile. Je doute beaucoup d'ailleurs qu'elle pénètre dans le véritable esprit de l'ancien droit [3].

On voit donc que, dans le fond, le demandeur ne contestait pas le principe auquel nous nous rallions, et qui a servi de base à l'arrêt. Il accordait, je le répète, qu'une rente constituée sur deux têtes ne doit pas s'éteindre par parties. Il se bornait à prendre son principal moyen dans un abus d'interprétation par lequel la cour royale aurait imposé à une dette ordinaire divisible, les conditions spéciales d'une rente assise sur deux têtes. Le demandeur n'allait donc pas aussi loin que les auteurs qui ont révoqué en doute le bien jugé de l'arrêt de cassation. Pour mon compte, je considère la jurisprudence comme faite, et je n'aperçois pas de raisons pour la modifier.

246. Il suit donc de là que la rente subsiste pour le tout, et qu'elle passe pour la totalité au survivant.

Néanmoins, pour prévenir toute difficulté, les parties feront bien de stipuler que la rente viagère ne sera pas réduite, mais qu'au contraire elle passera pour le total sur la tête du survivant.

Par là on préviendra les interprétations arbitraires au moyen desquelles des juges, par une fausse équité, voulant arriver à la réduction de la rente, décideraient que la rente n'a pas été constituée sur deux têtes, qu'elle n'est pas soumise à la condition copulative de deux décès, et que les parties ont entendu seulement créer une rente pour chaque crédirentier.

En prenant la précaution que je leur recommande, les parties se prémuniront contre le danger de voir leur pensée méconnue.

247. La constitution sur deux têtes est de nature à diminuer les chances d'extinction prochaine: cette circonstance se prend en grande considération pour fixer le taux de la rente. Aussi nos juristes ont-ils coutume de dire : *Jura vitalitia ad vitam plurium personarum constituta, plus æstimantur* [4].

ARTICLE 1973.

Elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne.

Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations, sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'article 1970.

[1] N° 242.
[2] *Id.*
[3] *Infra*, n° 254.
[4] Deluca, *De donat.*, disc. 34, n° 16.



SOMMAIRE.

248. Transition. De la rente viagère constituée au profit d'une tierce personne et dont le capital est fourni par une autre.

249. Quoique cette rente soit une libéralité, néanmoins comme cette libéralité n'intervient que comme charge du contrat, elle n'est pas soumise aux formes des donations.

250. Quand cette libéralité est-elle révocable? Comment doit-elle être acceptée?

251. La libéralité est traitée comme donation sous le rapport de l'incapacité de la personne et de l'excès dans le don.

252. Mais ceci ne regarde pas le constituant.

253. Il n'y a pas libéralité lorsque la rente est achetée à frais communs par deux personnes pour être continuée en entier jusqu'au décès du dernier mourant.

254. *Quid* d'une rente achetée pendant le mariage par un mari avec les deniers de la communauté?

255. Suite

256. Suite.

257. Suite.

COMMENTAIRE.

248. Nous avons vu la rente viagère se constituer sur une tête désintéressée, puis s'établir sur la tête de la personne appelée à en jouir, puis encore reposer sur plusieurs têtes créancières successives du total. Notre article prévoit un autre cas qui se présente fréquemment : c'est celui où le prix de la rente est fourni par une personne et où cependant elle est constituée au profit et sur la tête d'une autre personne qu'on a voulu gratifier.

Une telle constitution présente le caractère d'une libéralité. L'art. 1973 le déclare en termes exprès, et rien n'est plus évident, puisque le tiers qui recueillera les arrérages de la rente n'en a pas fourni le prix.

249. Néanmoins elle n'est pas soumise aux formes requises pour la donation. La raison en est que, quoique étant une libéralité à l'égard de la personne gratifiée, elle n'en est pas moins un contrat à titre onéreux entre le vendeur de la rente et celui qui en a payé le prix. Dès lors, la libéralité au profit du tiers n'intervient que comme charge de cette constitution, et, partant [1], elle doit se subordonner pour la forme à l'acte principal dont elle n'est qu'un accessoire.

250. Tant que le tiers n'a pas accepté, la personne qui a fourni le prix peut révoquer sa libéralité [2]; elle n'en est plus maîtresse dès qu'il y a eu une acceptation.

Et cette acceptation n'est soumise à aucune formalité particulière; la perception seule d'un quartier d'arrérages suffit pour témoigner d'une acceptation définitive et pour lier irrévocablement le donateur [3].

251. Mais si, sous le rapport de la forme, la libéralité échappe aux conditions de solennité exigées par l'art. 1969, elle doit cependant subir les principes particuliers aux donations, alors que la disposition est faite à une personne incapable de recevoir, ou qu'elle excède la portion disponible. Notre article s'explique clairement sur ce retour nécessaire à la matière des donations.

252. Du reste, ce ne serait pas au constituant qu'il appartiendrait de faire valoir la nullité ou l'excès de la libéralité. Les lois qui frappent les libéralités excessives, ou bien les libéralités faites à des incapables, ont été établies dans un intérêt autre que celui du constituant. Elles ont en vue les héritiers de l'acquéreur de la rente; c'est à eux qu'elles doivent profiter [4].

Ainsi la réduction ou même la nullité obtenues par les héritiers ne dispenseront pas le constituant de servir la rente. Il en devra les arrérages aux héritiers jusqu'à la mort de la personne gratifiée [5].

253. Le cas spécialement prévu par notre article est celui où le prix entier a été fourni par l'acquéreur, sans que le tiers gratifié y ait contribué en rien.

De là naît la question de savoir si l'on pourrait trouver le caractère d'une donation dans la rente achetée à frais communs

[1] Arg. de l'art. 1121, Code civ. Pothier, n° 241.
[2] Art. 1121.
[3] Duranton, t. 18, n° 139.
[4] Pothier, n° 241.
[5] *Id.*

par deux personnes, à la condition qu'elle continuera sans diminution sur la tête du survivant.

Je ne pense pas qu'en principe cette clause doive être considérée comme contenant un avantage fait par le prédécédé au survivant. Chacune des parties a été mue par son propre intérêt, et non pas par un esprit de libéralité. Les deux acheteurs ont réuni leurs capitaux dans le but de se procurer une rente plus forte, et chacun dans l'espérance de la recueillir en totalité. Ils ont fait un contrat aléatoire où la chance de gain est subordonnée à une éventualité dont l'un ou l'autre profitera, suivant que le sort en décidera; mais nulle pensée de donation ne les a animés [1].

C'est ainsi que nous avons vu, dans notre *Commentaire de la société*, que le pacte par lequel les associés conviennent, en formant leur société, que la totalité des bénéfices appartiendra au survivant, n'est qu'un acte de société, et non une donation [2]. J'y ai cité l'art. 1525 du Code civ., qui autorise spécialement cette convention entre époux par le contrat de mariage. Il y a entre cette espèce et la nôtre une analogie qui ne peut que confirmer notre solution.

Ainsi, si deux époux en se mariant stipulent par contrat de mariage qu'ils fourniront chacun moitié du capital d'une rente viagère, à charge de réversibilité sur la tête du survivant, je ne vois là qu'une convention aléatoire, et pas une donation.

254. Cette décision s'applique-t-elle à une rente viagère acquise par un mari pendant le mariage, des deniers de la communauté, avec stipulation que la rente passera sans diminution sur la tête de l'époux survivant?

La question s'est présentée devant la cour royale de Rennes, qui, par arrêt du 15 février 1840 [3], a décidé que le mari prédécédé était censé avoir fait à sa femme une libéralité sujette aux limites de la quotité disponible.

Vainement dirait-on, suivant la cour de Rennes, que la constitution de rente ainsi faite, étant aléatoire, ne saurait avoir le caractère d'un avantage et d'une donation. L'arrêt répond que ce caractère de donation lui reste toujours, malgré l'*alea*; que c'est ainsi que les gains de survie établis dans les contrats de mariage, bien que soumis à des chances aléatoires, n'en sont pas moins des avantages [4]. L'établissement d'une rente viagère sur deux têtes au lieu d'une, et la condition du payement de la rente entière au survivant des deux époux, n'ont point été sans influence sur la fixation de la quotité de cette rente; il en est résulté, au profit du survivant des deux époux, réduction du revenu de la communauté, réduction des économies qu'elle eût pu faire sur le revenu, réduction de l'actif de la communauté; réduction de la part afférente à la succession du mari prédécédé dans le partage de cette communauté, et, par suite, réduction de la part héréditaire de chacun des enfants du premier lit. Une pareille disposition, poursuit la cour, constitue donc un avantage indirect au profit de la veuve survivante, au préjudice des héritiers à réserve. Donc la rente viagère ne peut être considérée comme la propriété exclusive de cette veuve; elle n'a sur cette rente que les droits qui résultent, soit de sa qualité de femme commune, soit de sa qualité de donataire de son mari dans la limite établie par l'art. 1098 du Code civ.

Cet arrêt doit, avant tout, être rapproché de l'ancien droit.

Autrefois, quand le mari achetait une rente viagère à charge de réversibilité, avec les deniers de la communauté, on tenait pour certain qu'en cas d'acceptation de la communauté, cette rente ne continuait que pour moitié seulement au survivant, et que l'autre moitié passait aux héritiers du prédécédé [5].

On a récemment donné pour raison de cette jurisprudence [6] que, dans l'ancien régime, les coutumes défendaient les donations entre mari et femme pendant le mariage, et que, par conséquent, il fallait enlever au survivant la moitié de la rente qu'il n'avait qu'à titre de don.

Je ne crois pas que telle soit, dans tous les cas, la vraie raison de l'ancien droit. On ne fait pas attention que quand c'est le mari qui survit, le mari, disons-nous, qui a acheté la rente et réglé les conditions du contrat, il ne faut pas parler de donation; car le

[1] *Junge* Duranton, t. 18, n° 136.
[2] N° 646.
[3] Devill., 40, 2, 226.
[4] *Junge* art. 1529, Code civ.

[5] Pothier, n° 242. — Lebrun, *Communauté*, p. 105 et suiv. — Bourjon, t. 1, tit. 8, sect. 4, n° 14.
[6] *Supra*, n° 245.

mari n'a pu se faire une donation à lui-même, et cependant, d'après l'ancienne jurisprudence, il n'était pas moins tenu de subir la réduction de moitié [1].

Mais voici donc comment on raisonnait. D'abord en ce qui concerne le mari :

La rente viagère achetée des deniers de la communauté est un conquêt de communauté. Rien n'est plus certain [2]. Elle a été acquise avec un capital qui n'est pas aux époux, mais qui appartient à la communauté; partant, le fonds de la rente n'est particulier à aucun des conjoints; il est à la communauté [3]. Or, que ferait le mari survivant s'il emportait la totalité de la rente? Il s'enrichirait aux dépens de la communauté. Il lui enlèverait la moitié d'un produit qui est sien. Sans doute, le mari peut dissiper la communauté sans cause ni raison; car il en est seigneur et maître. Mais c'est à la condition qu'il ne se procure pas des avantages qui ne lui soient pas communs avec sa femme [4]. Sans quoi, il doit récompense à la communauté de ce dont il profite à son détriment. Donc, quand il survit à sa femme, il ne peut toucher la totalité de la rente qui est conquêt de communauté; donc, il est tenu de donner aux héritiers du prédécédé, à titre de récompense, la moitié du revenu de chaque année, à compter du décès du prédécédé [5].

Ce raisonnement, parfaitement juste en ce qui concerne le mari survivant, on l'appliquait sans difficulté à la femme survivante [6]. Pourquoi aurait-elle été traitée plus favorablement que son mari? pourquoi y aurait-il eu deux poids et deux mesures?

Quant à la raison tirée de la donation (raison qui ne peut avoir de portée que par rapport à la femme survivante), je n'en ai pas vu de trace dans les auteurs que j'ai consultés [7].

Peut-on dire en effet que le mari a été mû par le désir de faire une donation à sa femme? N'a-t-il pas eu en vue une opération aléatoire, où les chances étaient égales, et dans laquelle l'égalité doit se maintenir jusqu'au bout?

Maintenant, revenons à l'arrêt de Rennes.

Suivant cet arrêt, c'est une donation qui a été faite à la femme par le mari. Si cette donation n'excède pas la portion disponible, la femme la gardera en totalité; car aujourd'hui rien ne défend les donations entre mari et femme. Ce n'est qu'autant qu'il y aura excès que la femme devra subir une réduction. Or, ce système est-il admissible?

D'abord, qu'aurait fait la cour si la femme eût prédécédé? Bien certainement il aurait fallu qu'elle obligeât le mari à partager. Les principes de l'ancienne jurisprudence se présentent ici dans toute leur force, et l'on ne peut les atténuer sous couleur d'une donation que le mari se serait faite à lui-même. On ne se donne pas à soi-même. Le mari a voulu faire un profit; il doit le partager.

Mais je demande s'il n'y a pas quelque chose de bizarre à vouloir que la femme soit traitée comme donataire, tandis que si la chance eût tourné en faveur du mari, le mari serait traité comme partiaire. Est-ce que le mari doit être de moins bonne condition que sa femme, dans les conséquences d'un même agissement? et lorsqu'il est bien certain que le mari n'a pas eu la pensée de préférer sa femme à lui-même, en réglant les conditions de la rente viagère, les tribunaux peuvent-ils faire à cette dernière une condition meilleure?

Il y avait donc plus de logique dans l'ancienne jurisprudence, et l'on y procédait dans un esprit plus conforme à l'égalité qui doit régner dans la communauté conjugale.

Le dirai-je cependant? bien que plus rapproché de l'ancienne jurisprudence que de celle dont la cour de Rennes a cherché à jeter les bases, j'éprouve cependant des difficultés que mon respect pour nos vieux auteurs ne m'empêche pas d'avouer.

Que disaient-ils, en effet, pour obliger le survivant au partage de la rente? Que le fonds de la rente était conquêt de communauté, et qu'il fallait dès lors que les arrérages se divisassent entre les partiaires. Mais la communauté ne l'avait acquise qu'à la condition de ne les pas partager. Pourquoi violer la loi du contrat? Par raison d'égalité? par la nécessité d'un partage inhérent à la communauté conjugale? Je comprends ces scrupules; mais je demande s'ils ne sont pas exagérés. Car enfin l'égalité existe, puisque les chances sont les mêmes pour le mari et pour

[1] Bourjon, t. 1, tit. 8, sect. 4, n° 14.
[2] *Id.*, p. 337, n° 15. Cout. de Melun, art. 220.
[3] Lebrun, p. 104.
[4] Brillon, v° *Fonds perdu*, n° 3.
[5] Lebrun, p. 104.
[6] *Id.*
[7] Ce que dit Pothier au n° 241 concerne un autre cas : il s'agit de l'aliénation d'un PROPRE à rente viagère.

la femme, et que ce que l'un gagnera par l'effet du hasard, l'autre aurait pu le gagner si le sort l'eût favorisé. Qu'on ne me parle donc pas d'avantages directs ou indirects, et toujours exclusifs. L'avantage est partagé. Chaque époux y est admis sous la condition de survie. L'égalité de chances le rend commun et réciproque, ainsi qu'il doit être dans un régime de communauté [1]. *Propter æqualem incertitudinem in æqualitate contractus consistit* [2].

Je voudrais donc que le survivant profitât de toute la rente, je voudrais que le mari n'en fût pas privé sous prétexte qu'il a voulu se faire un avantage au préjudice de la communauté; car cet avantage pouvait aussi bien obvenir à son autre conjoint qu'à lui-même. Je voudrais que la femme survivante, qui, par son acceptation de la communauté, est censée être intervenue au contrat et y avoir fourni la moitié des deniers, fût traitée comme l'associé dont je parlais au nº 253 [3].

255. Au surplus, j'ai raisonné en principe; mais je n'entends pas empêcher l'appréciation des cas particuliers dans lesquels les chances seraient si inégales qu'elles enlèveraient au contrat la réciprocité d'*alea*. Telle serait l'hypothèse où un mari infirme et très-vieux, voulant favoriser, aux dépens de ses enfants du premier lit, une jeune épouse, achèterait des deniers communs une rente réversible sur la tête du survivant.

256. Quand la femme survivante répudie la communauté, la rente viagère réversible sur sa tête a tous les caractères d'une donation. Car l'événement prouve qu'elle n'a rien fourni dans le capital et l'on se trouve dans le cas topique de l'art. 1973.

257. On a cependant soutenu que la renonciation de l'épouse survivante entraîne pour elle la renonciation à tous les effets des actes faits en vue de la communauté et de son acceptation. En répudiant la communauté, disait-on, elle s'est interdit de prétendre à toutes les choses qui dépendent de la communauté.

*Mais, par arrêt du 15 mai 1844, la chambre des requêtes de la cour de cassation a condamné ce système. Nous n'hésitâmes pas à penser que la création de la rente viagère avec réversibilité n'avait pu être subordonnée à l'acceptation, puisque l'épouse ne peut ni accepter ni répudier pendant le mariage; que le mari, maître de la communauté, aurait pu admettre un tiers étranger à jouir de la rente par continuation (art. 1973); qu'à plus forte raison, il avait pu faire jouir son épouse de ce bénéfice [4].

ARTICLE 1974.

Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet.

ARTICLE 1975.

Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

SOMMAIRE.

258. Sans l'existence, au moment du contrat, de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, point de constitution valable.
259. Exemple.
260. Objection tirée de la bonne foi dans laquelle pourraient être les contractants. Réfutation.
261. Objection tirée de ce que dans le contrat d'assurance on tient compte du risque putatif.

[1] Arg. de ce que je dis, *Société*, nº 646.
[2] Casaregis, disc. 96, nº 4.
[3] Il semblerait que telle est l'opinion de Duranton, t. 18, nº 136.
[4] Devill., 44, 1, 409.

Explications sur l'objet particulier du contrat d'assurance et réfutation de l'objection.
262. Il ne suffit pas que la personne soit existante; il faut encore que sa vie ne soit pas atteinte d'un mal qui rende sa mort imminente.
Progrès de l'art. 1975 sur l'ancien droit. La présomption établie par cet article, et tirée du laps de vingt jours entre le contrat et la mort, simplifie les positions, tarit les sources de procès, et fait cesser l'arbitraire judiciaire.
263. Motifs de l'art. 1975.
264. Suite.
265. C'est surtout en vue du créancier malade qu'il a été édicté.
266. Du reste, il embrasse le cas où la rente a été constituée sur la tête du créancier, aussi bien que celui où elle a été constituée sur la tête d'un tiers.
267. Mais il n'est pas applicable au cas où le moribond donne une chose à charge d'une rente viagère.
268. La nullité prononcée par l'art. 1975 s'applique au cas où il résulte des faits que le moribond a eu pleine connaissance de son danger.
269. Et au cas où les parties auraient cherché à éluder et couvrir la nullité.
270. Pour appliquer l'art. 1975, il faut que la mort soit la conséquence d'une maladie existant lors du contrat.
271. Suite.
272. Suite.
273. Qui doit prouver la maladie et le décès par suite de cette maladie?
274. La grossesse n'est pas une maladie.
275. Quand la rente est constituée sur deux têtes, le décès de l'une d'elles dans les circonstances de l'article 1975 ne suffit pas pour rendre cet article applicable.
276. Du compte des vingt jours.
277. Des antidates. De l'action des héritiers pour prouver que la date apparente n'est pas vraie. Principes à cet égard.
278. Jurisprudence.
279. Suite.
280. Suite.
281 Suite. Arrêt de la cour de cassation.
282. Conclusion.

COMMENTAIRE.

258. La rente viagère est attachée à la vie de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. C'est pourquoi il est de son essence [1] que cette personne, dont la vie réglera sa durée, existe au moment du contrat, sans quoi ce contrat est sans effet.

259. Ainsi, supposons que je vous aie fourni un capital de 10,000 fr. pour une rente viagère de 700 fr. au profit et sur la tête de Titia, ma parente, dont j'ignorais la mort. Cette constitution est nulle de plein droit; aucun effet ne peut en résulter, et vous êtes tenu de me rendre la somme de 10,000 fr. que je vous ai donnée. C'est le cas de la condiction *sine causa* [2].

260. Vainement dirait-on que si la mort était ignorée tant du constituant que de l'acheteur, cette double ignorance placerait le contrat sous l'empire de la bonne foi et lui donnerait une base. La bonne foi ne ferait qu'excuser les intentions; mais elle ne donnerait pas au contrat l'élément essentiel qui lui est nécessaire pour avoir un principe solide d'existence.

261. Il est vrai que dans le contrat d'assurance, le risque putatif suffit pour valider la convention [3].

Ainsi, si je prends une assurance pour un vaisseau qui est entré dans le port à mon insu et à l'insu des assureurs, je dois *la prime;* si je fais assurer mon navire *l'Invincible*, dont j'ignore la perte, l'assurance est bonne et les assureurs me doivent une indemnité. Mais ceci tient aux principes particuliers du contrat d'assurance, qui a pour but de couvrir tous les périls quelconques, même les périls passés, pourvu qu'ils soient ignorés [4]. C'est pourquoi l'on y tient pour maxime : *Periculum censetur tale, quale bona fide æstimatur* [5].

La rente viagère ne se constitue pas dans de pareilles vues, et l'on doit par conséquent y conserver dans leur généralité les principes ordinaires, qui annulent un contrat basé sur des choses qui n'existent plus [6]. Du reste, ces principes sont loin d'être étrangers au contrat d'assurance; car qui ne sait qu'une assurance prise sur des marchandises qui n'ont pas eu d'existence, sur un navire qui n'a pas été mis en mer, etc., est

[1] Pothier, n° 224. — Duparc-Poullain, t. 3, p. 97, n° 78.
[2] Pothier, *loc. cit.*
[3] Art. 365, Code de comm. — Émérigon, t. 1, p. 7.
[4] Perezius, sur le C., *de naufragiis*, n° 23 : *Cum quia suscepta de omni periculo, etiam præterito.*
[5] Delvincourt, en se posant l'objection, n'a ni nettement donné la raison de décider, ni vu avec précision le caractère de l'assurance (t. 8, p. 377). Duranton l'a cependant suivi (t. 18, n° 143).
[6] *Junge* art. 2056, Code civ.

nulle par défaut de matière : *Deficiente materia preexistentis contractus*, dit Perezius [1].

Eh bien, c'est également là ce qui arriverait si une rente viagère était constituée sur une tête non existante. La matière manquerait au contrat.

Les deux contrats d'assurance et de rente viagère se rapprochent donc dans ces points essentiels qui font les conventions régulières; mais ils se séparent sur la question spéciale du risque putatif. La raison en est que le contrat d'assurance, dirigé par des vues particulières de sécurité commerciale, a positivement pour but d'assurer tous les risques quelconques; que sa fin précise est de garantir de tous les dommages, même des sinistres passés, pourvu qu'ils soient ignorés.

Cette différence que nous venons de remarquer en un point, entre le contrat d'assurance et la rente viagère, n'avait pas échappé à la commission du gouvernement qui rédigea le Code civil; elle avait cru utile de la signaler en terminant l'article correspondant à l'art. 1975 par ces mots : *Encore que le fait de la maladie fût ignoré des deux parties* [2]. Dans la suite des remaniements auxquels le projet fut soumis, on retrancha ce membre de phrase, probablement parce qu'il parut inutile d'insister sur une idée si visiblement inhérente au contrat de rente viagère.

Quoi qu'il en soit, on voit que le législateur a procédé avec réflexion, et en connaissance des nuances diverses que comportent l'assurance et la rente viagère. Dès lors, il me semble qu'il ne faudrait pas accueillir le reproche fait au législateur par Duranton, de n'avoir pas été d'accord avec lui-même lorsqu'il a maintenu ces variétés entre l'assurance et la rente viagère [3]. Non, le législateur n'a pas fait une œuvre incohérente. Il a maintenu tous les principes. Seulement, il en a mesuré l'application suivant la nature et le but des divers contrats.

262. Pour rendre le contrat de rente viagère parfait, il ne suffit pas qu'il y ait une personne existante naturellement, dont la vie doit régler la durée de la rente; il faut encore que la vie de cette personne ne se trouve pas atteinte dans le temps du contrat d'un mal qui rende sa mort imminente; sans quoi le contrat est nul.

L'art. 1975 contient ici un progrès marqué sur l'ancien droit. Autrefois, on laissait au pouvoir discrétionnaire du juge l'appréciation des circonstances qui, tirées de l'état de maladie du crédirentier au moment du contrat, donnaient à ce contrat un caractère d'injustice [4]. L'art. 1975 a cru nécessaire de poser des règles plus précises. Il établit une présomption *juris et de jure*, par laquelle le sort de la rente viagère se trouve fixé *à priori*, sans recherches conjecturales, sans surprise pour les parties. Il veut que si la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée meurt, dans les vingt jours du contrat, de la maladie dont elle était atteinte à cette époque, la convention soit nulle et sans effet. Par là s'éteint une source de procès, et l'arbitraire des tribunaux est remplacé par une règle sage et précise.

263. Je dis que cette règle est sage, et ceci me conduit à mettre en lumière l'esprit de l'art. 1975.

De deux choses l'une, en effet : ou le constituant ignorait l'état de la personne sur la tête de laquelle la rente a été créée, ou il le connaissait.

Dans le premier cas, le constituant est sans doute de bonne foi. Mais cette bonne foi ne saurait sauver le contrat du vice dont il a été infecté par l'erreur des parties, erreur qui tombe sur une qualité substantielle, à savoir : la santé de la personne dont la vie doit régler la durée de la rente [5]. Les contractants ont entendu faire quelque chose de sérieux, et non pas baser un simulacre de rente sur la tête d'un moribond; ils n'auraient pas contracté s'ils avaient connu cette situation extrême, qui rendait leur projet impossible [6].

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le constituant a connu le danger, le contrat est encore plus vicieux; car, outre tous ces dé-

[1] *Loc. cit.*, n° 22.
[2] Fenet, t. 2, p. 401, art. 11.
[3] T. 18, n° 145. Cet auteur, comme je l'ai dit à la note 3 de la page précédente, s'est mépris, avec Delvincourt, sur la portée légale du contrat d'assurance; et dès lors il n'est pas étonnant que cette critique lui ait échappé.

[4] Casaregis, disc. 96, n°s 50 et 51. — Merlin, *Rép.*, v° *Rente viagere*, n° 3.
[5] Pothier, n° 215.
[6] Portalis, *Exposé des motifs*. (Fenet, t. 14, p. 545. Locré, t. 15, p. 179.)

fauts, il manque encore du caractère aléatoire; le constituant agit à coup sûr; sous prétexte d'une chance illusoire, il se procure un bénéfice injuste; il agit dans une pensée dolosive [1].

264. D'accord, dira-t-on, si la rente est constituée sur la tête d'une tierce personne! Dans ce cas, toutes ces idées sont justes, morales et conformes aux principes des contrats. Mais en est-il de même quand la rente est constituée sur la tête du créancier lui-même? Ne peut-on pas dire alors que celui-ci, qui est présumé connaître son état, a voulu, ou que le contrat valût comme donation s'il ne guérissait pas, ou qu'il valût comme rente viagère s'il échappait au danger? Un mourant peut et doit s'arranger d'après les calculs qu'il a formés. Qui peut l'empêcher de compter avec lui-même, de sacrifier une somme qui lui devient inutile en cas de mort prochaine, pour se procurer un revenu plus considérable, une existence plus douce au cas de retour à la santé [2]? Un homme accablé d'années, accablé d'infirmités, n'est-il pas capable de toutes sortes de contrats? Ne peut il pas donner [3]? Pourquoi le contrat en question lui serait-il interdit, pour valoir, suivant l'éventualité, ou à titre de rente viagère, ou à titre de donation?

Nous répondons que le législateur ne saurait admettre de pareils contrats à double intention présumée, à double condition non exprimée et sous-entendue. N'est-il pas plus vraisemblable d'ailleurs que le malade s'est fait illusion sur la gravité de son état, et qu'il n'a aliéné son capital à rente viagère que parce qu'il a eu l'espérance de vivre, espérance trompeuse et vaine, qu'un spéculateur a peut-être fomentée et entretenue? Un homme qui se sait à son lit de mort fait un testament; il donne pour le moment, qui approche, où il ne sera plus. Mais il ne fait pas des contrats à titre onéreux pour cette vie qui lui échappe.

265. Quant à celui qui traite avec lui, il commet une action qui n'est ni honnête ni légitime; il joue à coup sûr et ne court aucune chance sérieuse. Comment donnerait-il à la convention le nom de contrat aléatoire, qui seul peut la valider? Il a eu sécurité de l'événement; il a exploité à son profit une inégalité de risques!

On a donc eu tort de soutenir que l'art. 1975 n'est pas applicable au créancier de la rente viagère, et qu'il doit être limité au cas où la rente est constituée sur la tête d'une tierce personne. Nous pensons, au contraire, que c'est surtout en vue du créancier malade qu'il a été édicté [4], afin d'éloigner du lit d'un moribond qui se fait illusion de coupables tentatives de spoliation.

266. La jurisprudence est du reste bien fixée en ce sens. Elle décide que l'art. 1975 est général; qu'il embrasse la personne contractante aussi bien que la personne tierce; qu'il se lie à l'art. 1974, avec lequel il a similitude de résultat et de portée, si ce n'est que l'art. 1974 dispose pour le cas de mort actuelle, tandis que l'art. 1975 dispose pour le cas de mort dans les vingt jours [5]. Cette jurisprudence n'est pas nouvelle, d'ailleurs; elle est conforme aux monuments de sagesse que nous devons à l'ancien droit [6].

267. Mais l'art. 1975 est-il applicable au cas où le moribond donne gratuitement une chose à la charge d'une rente viagère?

Cette question n'en serait pas une, si un arrêt de la cour de Montpellier du 28 décembre 1832 [7] n'avait annulé, en vertu de l'art. 1969 du Code civil, un contrat fait par une personne qui était décédée dans les vingt jours de l'acte, et qui s'était réservé une rente viagère comme charge d'une donation qu'elle avait faite! Conçoit-on que des magistrats, d'ailleurs expérimentés et pleins de lumières, aient pu oublier que l'art. 1975 n'avait été déterminé que par des raisons inapplicables aux donations? Est-ce qu'il n'est pas évident que les auteurs de l'art. 1975 n'ont été mus que par la nécessité de maintenir, dans le contrat de rente viagère à titre onéreux, l'égalité des risques? Et, dès lors, comment l'art. 1975 serait-il

[1] Toullier, t. 6, nº 46.

[2] *Voy.* un plaidoyer sur cette question devant le parlement de Provence. (Merlin, *Répert.*, vº *Rente viagère*, nº 3.)

[3] L. 42, § 1, Dig., *de mortis causa donat.*

[4] Denizart, *Vente*, nº 5. — Casaregis veut qu'on prenne en considération l'état du créancier *tempore contractus*. (Décis. 96, nº 30.)

[5] Paris, 9 fév. 1807. (*Pasicrisie.*) — Rouen, 25 janvier 1808. (*Pasicrisie*; Merlin, *Répert.*, vº *Rente viagere*, nº 3.) — Cassat., 19 janv. 1814. *Pasicrisie.*

[6] Merlin rapporte un arrêt du parlement de Provence du 19 juillet 1777, avec la discussion (*Répert.*, vº *Rente viagère*, nº 3); discussion intéressante et soignée, comme presque toutes celles que nous ont conservées les anciens recueils.

[7] Dalloz, 34, 2, 36. Il n'y a pas d'exposé des faits; grande lacune dans une notice.

applicable à une donation, c'est-à-dire à un contrat qui n'a rien d'aléatoire? Cet arrêt inconcevable devait être cassé, et il l'a été par arrêt de la cour de cassation du 18 juillet 1836 [1], pour avoir essentiellement violé l'art. 902 et faussement appliqué les art. 1969, 1974 et 1975 du Code civil. La rédaction de cette décision de la cour suprême est soignée et savante. Il n'y manque qu'un mot, mais ce mot était essentiel : c'est que l'art. 1975 est fait, non pas seulement en vue d'un contrat à titre onéreux, comme le dit l'arrêt, mais en vue d'un contrat aléatoire à titre onéreux, et devant nécessairement conserver le caractère aléatoire.

268. D'après ce que nous disions de l'esprit de l'art. 1975, il résulte que la loi ne présume pas de la part du mourant la connaissance de son état. Cependant s'il résultait, en fait, qu'il avait connaissance de son danger, cette circonstance sauverait-elle le contrat de la nullité prononcée par notre article?

Je ne le pense pas, et ce serait le cas de dire : *Fecit quod non potuit; et quod potuit, non fecit.* Il pouvait faire une donation ou un legs, franchement, légalement; au lieu de cela, il préfère un contrat à rente viagère défendu par la loi dans les circonstances où il se trouve. Est-il donc en son pouvoir de créer un contrat aléatoire sans *alea*? Est-ce qu'il dépend de lui de renverser ainsi toutes les conditions essentielles du contrat de rente viagère, lequel ne saurait subsister sans une chance incertaine.

Dira-t-on que si le contrat ne vaut pas comme rente viagère, il pourra du moins subsister comme donation? Mais on ne donne pas sans volonté de donner bien caractérisée. Or, où se rencontrent ici les preuves indubitables de cette volonté ferme et réfléchie? ira-t-on les chercher dans le caprice bizarre d'un mourant (*ægri somnia*), qui, à son heure dernière, s'amuse à créer sur sa tête une rente viagère? N'est-il pas vraisemblable qu'il n'a choisi la rente viagère plutôt que la donation que parce qu'il sentait au fond de son cœur une secrète espérance de vivre, et que, par conséquent, il se préférait à celui avec qui il a traité? D'ailleurs ne peut-on pas croire facilement que ce dernier a entretenu cette fausse espérance pour se procurer, par le moyen de la rente viagère, plus consolant pour l'esprit du malade, ce qu'il ne pouvait obtenir par le moyen de la donation?

La volonté de donner est donc trop problématique pour être admise. On ne lui trouve une base que dans la connaissance que le malade avait de son état, et l'on ne fait pas attention que cette connaissance n'exclut pas l'espoir de revenir à la vie, qui subsiste jusqu'au dernier instant dans le cœur de l'homme. Le plus sûr est de s'en tenir à la sage prohibition de la loi [2].

269. La jurisprudence a même été plus loin. Nous la voyons ne tenir aucun compte des moyens par lesquels les parties, connaissant les circonstances de leur position respective et la rigueur de l'art. 1975, auraient cherché à couvrir la nullité prononcée par cet article, à y renoncer, à en paralyser les effets [3]. Cette sévérité est nécessaire; elle maintient les salutaires effets de la loi qui, découvrant dans le cœur de l'acheteur de la rente l'espoir d'échapper à sa maladie, ne saurait croire à une libéralité certaine et réfléchie; elle déconcerte les fraudes et les spéculations immorales.

270. Mais faisons-y bien attention : pour que le contrat s'écroule par la prescription *juris et de jure* de l'art. 1975, il ne suffit pas que le crédirentier meure dans les vingt jours du contrat. Il faut encore que cette mort soit la conséquence d'une maladie existante *tempore contractus*. Que si le décès arrivait dans les vingt jours, par cas fortuit, et sans maladie préexistante, le contrat ne serait pas ébranlé. Ce serait une des chances naturelles contenues dans la convention.

271. Il y a plus! Si le crédirentier était malade lors du contrat, et qu'il mourût dans les vingt jours, par une cause différente, par exemple par un duel, une chute, etc., on ne serait pas fondé à enlever au vendeur de la rente le gain que lui procure cet événement imprévu [4].

272. Ce serait aussi une vaine tentative que d'attaquer le contrat, si la maladie existante à l'époque de la convention n'avait

[1] Sirey, 36, 535.
[2] *Junge* Toullier, t. 6, n° 47.
[3] Arrêt de la cour de cass. du 15 juillet 1824. (Dalloz, 24, 1, 371.) La notice de cet arrêt est faite avec beaucoup de soin. *Voy.* aussi Dalloz, v° *Rente viagère*, p. 401. Dans cette espèce, les parties avaient antidaté l'acte.
[4] Delvincourt, t. 8, p. 377, n° 9. — Duranton, t. 18, n° 146.

occasionné la mort qu'après les vingt jours. L'art. 1975 donne une présomption *juris et de jure* dont il n'est pas permis de sortir par des appréciations arbitraires, incompatibles avec l'esprit de la loi nouvelle [1]. Si dans beaucoup de cas cette présomption milite contre le débiteur de la rente, il en est d'autres aussi où elle parle en sa faveur [2].

273. C'est au demandeur en nullité à prouver l'état de maladie au temps du contrat, et le décès dans les vingt jours par suite de cette maladie. Delvincourt croit qu'il suffit de prouver la maladie et le décès, et que c'est à l'adversaire à démontrer que le décès n'a pas été la suite de la maladie [3]. En principe cette doctrine est fausse. Le demandeur doit justifier pleinement sa demande, et il n'arrive à ce but qu'en montrant la liaison de la maladie et du décès. La médecine et l'anatomie ne manquent pas de moyens pour établir à cet égard l'ordre et l'enchaînement des faits [4].

274. La grossesse n'est pas une maladie; elle est un état naturel [5]. Si une femme enceinte avait acheté une rente viagère dans le temps de sa grossesse, et qu'elle décédât dans les vingt jours en accouchant, on ne pourrait appliquer au vendeur de la rente l'art. 1975, édicté seulement pour le cas de maladie. Il en serait autrement si la grossesse était compliquée d'un état maladif qui compromettait les jours de la femme, et avait rendu l'accouchement mortel.

275. Quand une rente est constituée successivement et sans diminution sur deux têtes, et que l'une d'elles vient à s'éteindre dans les circonstances prévues par l'article 1975, le contrat n'est pas frappé de nullité. La raison en est qu'il a été aléatoire *ab initio*, à raison de l'existence de l'autre tête; ce serait par conséquent fausser la pensée du législateur que d'étendre à ce cas l'art. 1975, fait pour l'hypothèse où il y a défaut de chance aléatoire. Cet article est une exception à la règle générale qui veut que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties; et une exception doit être maintenue dans ses limites [6].

276. Pour compter les vingt jours, on fait abstraction du jour où le contrat a été passé. C'est ce qu'a très-bien décidé la cour de Rouen par arrêt du 3 décembre 1821 [7]. Ceux qui ont lu ma dissertation sur le calcul du jour *a quo*, dissertation publiée dans mon *Commentaire des hypothèques* [8], seront convaincus que cet arrêt contient une application des vrais principes de la matière.

277. Quand l'acte constitutif de la rente viagère est sous seing privé, la facilité de l'antidater offrirait un moyen d'échapper à l'art. 1975, si les héritiers n'étaient reçus à décliner la date apparente, et à prouver qu'elle manque de sincérité [9]. Ils sont tiers en effet pour mettre en lumière la fraude faite à la loi et à leur intérêt, et pour exercer l'action qui découle en leur faveur de l'art. 1975. Sans doute, il y a dans l'article 1322 du Code civil un principe qui leur rend opposable la date de l'acte sous seing privé. Mais cet article doit être nécessairement combiné avec l'art. 1975; et ce dernier ne saurait conserver son empire qu'à la condition d'admettre les héritiers à détruire par tous moyens quelconques de preuve la fausse date qui *prima fronte* milite contre eux.

Ceci ne veut pas dire que l'acte doit être censé de plein droit antidaté quand il n'a pas acquis date certaine, et que c'est à ceux qui en soutiennent la validité à faire la preuve contraire. Delvincourt l'a enseigné [10]. Mais cette opinion est repoussée par la jurisprudence la plus respectable et la mieux fondée. L'art. 1322 ne saurait être ainsi foulé aux pieds. Conservons-lui sa légitime autorité, et ne méconnaissons pas la présomption qu'il élève et qui ne saurait cesser qu'autant que les héritiers se placent, par la preuve d'une antidate, dans la classe des tiers. C'est en vain, du reste, qu'à la faveur de ce mot de tiers, ces héritiers essayeraient de mettre leur cause sous l'égide de l'art. 1318. Il faut bien y réfléchir! ils ne sont tiers qu'autant qu'il y a antidate, et la preuve de cette antidate doit tout précéder.

---

[1] *Supra*, nº 262.
[2] Grenoble, 5 fructidor an 12. (Dalloz, *Rente*, p. 409, note 1.
[3] T. 8, p. 377, nº 8.
[4] *Junge* Duranton, t. 18, nº 143.
[5] Ricard, *Donat.*, part. 1, 108, 109, 110. — Delvincourt, t. 8, p. 377. — Duranton, t. 18, nº 147.
[6] Cassat. (ch. civile, *cass.*), 22 fév. 1820. — Grenoble, 22 juin 1822 (Dalloz, *Rente*, p. 408, nº 1).
[7] Dalloz, vº *Rente*, p. 405, note 1.
[8] Nºs 293 et suiv.
[9] Voy. *supra*, nº 228, un cas qui ne doit pas être confondu avec ceux-ci.
[10] T. 8, p. 377, note 9.

278. Voyons les monuments de la jurisprudence sur cette question importante.

1er juillet 1810, par acte sous seing privé, Monginot vend ses biens à rente viagère. 24 août, enregistrement. 13 septembre, décès de Monginot, après une maladie de onze mois.

Ses héritiers attaquent le contrat en se fondant sur l'art. 1975; ils démontrent que la date apparente du 1er juillet 1810 est suspecte, qu'elle a été mise après coup. Ils concluent que la date de l'enregistrement est dès lors la seule qui présente quelque autorité.

Ce système est adopté par la cour de Dijon, et, sur le pourvoi, la requête est rejetée par arrêt du 19 janvier 1814 [1].

On le voit, les héritiers ne sont pas venus de prime abord renverser l'art. 1322 par l'art. 1328; ils n'ont pas dit : « Nous sommes des tiers et l'art. 1322 ne nous concerne pas. » Ils ont ouvert et protégé leur action par la démonstration de l'antidate.

279. Voici une autre espèce : la cour royale de Paris a jugé, par arrêt du 6 décembre 1822, que l'art. 1322 ne peut être opposé d'une manière absolue aux héritiers du défunt, puisqu'ils agissent en vertu de l'art. 1975; que, dans l'espèce, il résulte des faits et circonstances que l'acte a été antidaté pour éluder les dispositions de la loi, et que sa véritable date est celle de l'enregistrement, laquelle le place dans le délai des vingt jours.

Et, par arrêt de rejet du 15 juillet 1824, la cour de cassation décide que les héritiers n'agissaient pas du chef de leur auteur, mais en vertu de l'art. 1975, et qu'ils ont pu enlever à l'acte sous seing privé sa fausse date apparente [2].

Il résulte de là que les magistrats ne sont pas arrivés de plein droit à priver l'acte sous seing privé de sa date apparente. Ils ont avant tout établi l'existence de faits et circonstances de nature à démontrer l'antidate, et par conséquent l'exception à apporter à l'art. 1322.

280. Je conviens que ces idées ne cadrent pas avec un arrêt de la cour royale de Colmar, qui, en principe, a écarté l'art. 1322 au profit de l'art. 1328.

281. Sager décède le 29 mars 1829. La dame Baumgartner, sa fille, présente à ses frères et sœurs, ses cohéritiers, un acte sous seing privé portant la date apparente du 19 décembre 1828, par lequel Sager stipule une rente viagère à son profit, moyennant une somme de 1,000 fr. payée à la constituante.

Il est à remarquer que cet acte n'avait été enregistré que le 19 mars 1829, c'est-à-dire dix jours avant le décès de Sager.

Les cohéritiers de la dame Baumgartner soutinrent que cet acte était nul par la force de l'art. 1975 du Code civil.

Celle-ci leur opposa l'art. 1322 du Code civil, qui veut que l'acte sous seing privé ait, entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Les cohéritiers répondaient :

Nous n'agissons pas comme représentants de notre père; nous vous actionnons de notre chef et en exerçant des droits qui nous sont personnels. Ce n'est donc pas l'art. 1322 qui doit être appliqué; c'est l'art. 1328 qui est la loi de la cause.

Ce système prévalut pleinement devant la cour royale et fut consacré par un arrêt du 20 septembre 1830 [3], qui alla jusqu'à interdire aux adversaires des héritiers la faculté de prouver que la date de l'acte remontait à plus de vingt jours. Ainsi cette décision dépasse en rigueur le système de Delvincourt. Ce dernier admettait la preuve du contraire. La cour de Colmar la repousse; elle veut que tout fléchisse sous l'empire de l'art. 1328!

282. C'est là une évidente exagération. La cour de cassation en a récemment fait justice dans un arrêt où les vrais principes me paraissent formellement consacrés. Le tribunal de Troyes, partant en effet du même point que la cour de Colmar, avait écarté un acte de rente viagère sous seing privé non enregistré, par la puissance de l'art. 1328. Mais cette décision ayant été déférée à la cour de cassation, la chambre

---

[1] *Pasicrisie.* — Dalloz, *Rente*, p. 408. — Merlin, *Répert.*, vo *Rente viagère*, § 3.

[2] Dalloz, *Rente viagère*, p. 410. — Sirey, 25, 2, 56.

[3] Dalloz, 31, 2, 115.—Devill., 31, 2, 183. Ce dernier a inséré au t. 59, 2, 426, au bas d'un arrêt d'Angers, une note de laquelle il semblerait résulter que cet arrêt de Colmar et celui de la cour de cassation du 15 juill. 1824 sont rendus dans le même esprit. Cette opinion manque d'exactitude.

civile, par arrêt du 5 avril 1842, en prononça la cassation [1]. Elle considéra que, pour se placer dans l'exception faite à l'art. 1322 par l'art. 1975 du Code civ., il faut de toute nécessité que celui qui excipe de ce dernier article fasse la preuve du fait allégué par lui et prévu par la loi; que cette preuve ne résulte pas nécessairement du défaut d'enregistrement; que le tribunal de Troyes, en se fondant uniquement sur ce défaut d'enregistrement pour priver l'acte sous seing privé de son autorité à l'égard des héritiers du défunt, avait créé une nullité non écrite dans le Code.

Voilà la saine interprétation de la loi et la vraie jurisprudence. Les tribunaux ne manqueront pas de s'y conformer.

ARTICLE 1976.

La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer.

SOMMAIRE.

283. L'art. 1996 est la conséquence de l'*alea* qui exista dans la rente viagère. Le prix en est donc variable; la loi s'en est rapportée aux parties pour le fixer.

284. Cependant le calcul des probabilités est arrivé à des formules qui donnent des règles sur la durée probable de la vie aux différents âges et dans les différentes conditions, et sur le capital pour lequel une rente viagère peut être achetée.

285. Quoi qu'il en soit, en droit, le vendeur d'une rente viagère n'est jamais reçu à se plaindre de la payer trop longtemps et d'avoir été trompé dans ses calculs.

286. Et le créancier doit toujours se contenter du taux fixé *a priori*.

287. De tout cela, il suit que la rente d'un immeuble moyennant l'*alea* d'une rente viagère n'est pas sujette à rescision pour lésion.

288. Mais cela n'est vrai qu'autant qu'il y a *alea* dans le contrat. Il en serait autrement si la rente était si minime qu'il n'y eût rien d'aléatoire.

Observations sur la jurisprudence relative à ce point.

COMMENTAIRE.

283. Le contrat de rente viagère est aléatoire. Il n'est donc pas soumis, ainsi que nous l'avons déjà dit [2], à la règle qui fixe à 5 p. °/₀ l'intérêt des capitaux prêtés et les rentes constituées en perpétuel. La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties de déterminer [3]. Ce taux dépend des circonstances; il se règle d'abord sur la valeur courante de l'argent, et, de plus, sur la santé, la complexion, l'âge, etc., de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée. « *Justitia vel injustitia* » *hujus contractus*, dit Casaregis [4], *eruenda* » *est ex ætate ejus, ad cujus vitam annua* » *præstatio reservatur, et ex ejus complexione,* » *et bona vel mala valetudine, de tempore* » *contractus, et ex aliis verosimilitudinibus* » *vitæ futuræ; exubertate, seu penuria pecu-* » *niarum; ex qualitate loci ubi fuit celebratus* » *contractus; ex qualitate temporis et perso-* » *narum, et aliis circumstantiis similibus bene* » *pensandis ad justitiam judicandum* [5]. » Les recueils de jurisprudence nous offrent en conséquence des exemples de rentes viagères constituées au taux de 10 [6], de 12 [7], de 14 [8] p. °/₀. Fontanella nous apprend que de son temps le taux habituel des rentes viagères était en Espagne de 1 p. 7 [9].

---

[1] Devill., 42, 1, 300, 301. — Dalloz, 42, 1, 199.
[2] *Supra*, n° 207, 208.
[3] Pothier, n° 234. Dumoulin, *Des usures*, n° 244.
[4] Disc. 96, n° 30. *Junge* Pothier, n° 234
[5] Le cardinal Deluca tient le même langage, *De censib.*, § 7, n° 81. Il signale en outre le genre de vie de la personne, le climat, la qualité de l'air.
[6] Casaregis, *loc. cit.*, n° 52. Pothier, n° 234
[7] Casaregis, n° 56.
[8] *Id.*
[9] *De pactis nupt.*, claus. 4, gl. 18, pars. 3, n° 100, *in fine*.

284. A côté de ces données générales, posées par les jurisconsultes pour expliquer l'absence de taux légal dans la rente viagère, le calcul des probabilités a cherché des formules plus précises propres à diriger la spéculation. Il a étudié la marche des décès et a tiré de ses observations des lois sur la durée probable de la vie aux différents âges et dans les différentes classes de la société.

Il y a deux lois de mortalité bien distinctives : l'une, qui comprend les *têtes choisies*, c'est-à-dire celles que leur condition expose à moins de fatigues, de travaux, de dangers; l'autre, qui s'applique à la généralité des habitants. Nous possédons en France la table de mortalité de Deparcieux pour les têtes choisies, et celle de Duvillard pour les autres. La première a été faite en 1745, la seconde en 1786, et elles ont conservé une juste réputation d'exactitude en France et à l'étranger.

C'est à l'aide de la table de Deparcieux qu'un savant distingué, Ph. Pellis, a composé une théorie mathématique de la rente viagère, d'après laquelle il est arrivé à formuler le capital qu'un individu doit donner pour avoir une rente viagère de 1 fr. depuis quinze ans jusqu'à soixante et dix. Son travail, lu à l'Académie des sciences le 3 février 1834, fut soumis à une commission composée de Lacroix, Poisson et Mathieu; le rapport de ces savants déclara les vues de Pellis utiles et ses résultats aussi exacts que possible. Mais ceci s'éloigne de la jurisprudence; je me hâte de quitter ce domaine des mathématiques pour rentrer dans mon sujet.

285. Du principe que le taux de la rente viagère dépend de circonstances aléatoires, et qu'il est impossible d'en fixer légalement le juste prix, il suit que le vendeur de la rente viagère ne peut jamais être reçu à se plaindre de l'événement, qui, par l'effet de la longévité extraordinaire du créancier, lui rend le service de la rente beaucoup plus onéreux qu'il ne l'avait d'abord pensé [1]. C'est une mauvaise chance, à côté d'une bonne qui aurait pu prévaloir [2]. D'ailleurs la justice des contrats s'apprécie *ab initio*, et non par des événements ultérieurs et extrinsèques. Or, au moment du contrat, il se rencontrait de part et d'autre égalité de chances. Il ne faut rien de plus pour mettre la convention à l'abri de tout recours [3].

286. De ces mêmes principes découle une autre conséquence inverse de celle-ci : c'est que le créancier doit se contenter de la rente fixée *a priori*, quand même l'événement viendrait à prouver plus tard, par le déclin précipité de sa santé, que la rente aurait pu être réglée à un taux plus élevé.

287. Il y a même lieu de décider que les ventes d'immeubles à charge de rente viagère ne sont pas sujettes à rescision. Comment pourrait-on articuler le reproche de lésion dans une matière aléatoire, où l'on manque d'une mesure absolue pour régler une chose incertaine [4]? Je renvoie aux principes que j'ai exposés à cet égard dans mon *Commentaire de la vente* [5].

288. Mais si le contrat ne présentait pas un caractère aléatoire, ce qui arrive quand la rente est sans proportion avec le capital et les chances du hasard [6], il est certain que l'action en rescision y serait reçue [7]. La jurisprudence est désormais certaine sur ce point [8]; et cette jurisprudence est logique et juste. Elle est d'accord avec les principes essentiels de la rente viagère, qui, lorsqu'elle perd son élément aléatoire, ne saurait prétendre aux priviléges introduits dans son organisation en vue de cet élément. Elle maintient dans leur pureté les principes de la vente en matière de prix; principes dont s'étaient écartés quelques arrêts portant, non pas rescision, mais annulation de contrats ainsi faits, et confondant un prix vil avec un prix non sérieux. Ces arrêts, je le sais, étaient mus par la louable intention de venir au secours de la bonne foi. Se croyant enchaînés par les règles qui garantissent les contrats aléatoires contre les rescisions, ils obéissaient à ces règles; mais ils sacrifiaient en

---

[1] Art. 1797. Surdus, *De alimentis*, t. 9, q. 11, n° 16.

[2] *Ecclesia* (dit Scaccia), *recipiens ab aliquo fundum valentem mille, cum pacto alendi eum, toto tempore vitæ, non dicitur læsa, quamvis ille vixerit tanto tempore, ut alimenta longe excesserint pretium fundi; quia sicut longo tempore vixit, ita etiam statim mori potuisset* (§ 1, q. 1, n° 296).

[3] Fontanella, *De pactis nupt.*, cl. 4, gl. 18, pars. 3, n° 105.

[4] Portalis, *Exposé des motifs*. (Fenet, t. 14, p. 546. Locré, t. 15, p. 179.) — Dumoulin, *Des usures*, n° 244.

[5] N°s 150, 791.

[6] *Supra*, n° 211.

[7] Mon *Comment. de la vente* (*loc. cit.*). *Supra*, n° 211.

[8] *Loc. cit.* — *Junge* Orléans, 24 mai 1831. (Dalloz, 31, 2, 226.) — Cassat., 22 février 1836. (Dalloz, 36, 1, 205.)

même temps celles de la vente. Ils mettaient à l'écart les notions élémentaires d'après lesquelles un prix, même vil, est un prix sérieux quand il a été stipulé avec l'intention de l'exiger; ils oubliaient qu'un prix vil ne prive pas la vente d'un de ses éléments constitutifs; qu'en un mot une vente à vil prix est une vente parfaite, mais seulement sujette à rescision dans certaines conditions [1]. Une jurisprudence meilleure et mieux dirigée a remis les choses à leur place. En examinant en eux-mêmes et dans leur intimité des contrats qui n'avaient que l'apparence aléatoire sans chances réelles, on n'a pas craint de les atteindre par la rescision ; alors on a pu venir en aide à la partie lésée sans faire violence à l'économie du Code sur la vente et la vileté du prix.

DEUXIÈME SECTION.

DES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES CONTRACTANTES.

ARTICLE 1977.

Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution.

SOMMAIRE.

289. Le contrat de rente viagère est synallagmatique. Il peut être résolu si le constituant ne donne pas les sûretés stipulées.
Cette mesure est grave, mais nécessaire.
290. Application de cette règle.
291. Faut-il étendre l'art. 1977 au cas où les sûretés ayant été données ont été amoindries ?
Raisons de douter. Raisons de décider pour l'application de l'art. 1977.
Conseils au juge afin que cet article ne soit pas appliqué sans les plus graves raisons.
292. Arrêt de Riom qui paraît l'exagérer.
293. Examen d'autres arrêts.
294. Suite. Vrai sens d'un arrêt de la cour de cassation.
295. Les diminutions ou destruction du gage par force majeure ne portent pas atteinte à l'existence du contrat.
296. Le débiteur peut arrêter les poursuites en restituant les sûretés promises.
297. Le décès du créancier pendant l'instance en résolution arrête l'action. Raisons de ce point de droit.
298. Effets de la résolution ; le créancier a-t-il droit aux arrérages échus, sans être obligé à souffrir une diminution ? Raisons péremptoires pour l'affirmative.
299. Objection.
300. Réponse.
301. Arrêt de la cour de cassation combattu.
302. Effets de la résolution quand c'est un immeuble qui a été vendu à rente viagère.
303. La résolution édictée par l'art. 1977 n'a lieu que dans les rentes viagères constituées à titre onéreux.

COMMENTAIRE.

289. En principe, le capital en échange duquel la rente viagère est créée est perdu pour celui qui l'a livré : *Sors totalem sentit mortem* [2]. C'est ce qui faisait dire à Casaregis : *Sors in contractu vitalitio est irrepetibilis, et pretium solutum perditur* [3]. Mais précisément parce que c'est là une condition du contrat, le créancier n'est tenu de s'y soumettre que lorsque, par une réciprocité de fidélité aux engagements contractés, le

[1] Mon *Comment. de la vente*, nos 150, 791; *du Louage*, no 3; *supra*, no 211.

[2] Deluca, *De censib.*, § 7, no 82.

[3] Disc. 96, no 35.

débiteur exécute strictement de son côté les conditions qui sont à sa charge. Le contrat de rente viagère est synallagmatique, et la loi doit être égale de part et d'autre. Si le débiteur manque à sa promesse, il est juste que le créancier retire la sienne.

Voilà pourquoi notre article, conforme à la doctrine de Pothier [1] et au droit commun [2], permet à l'acheteur de la rente de demander la résiliation du contrat, et de se faire rembourser son capital si le vendeur (ou autrement dit le constituant) [3] ne lui donne pas les sûretés stipulées.

290. Cette mesure est grave; plus grave peut-être en ce qui concerne la rente viagère que dans tous les autres contrats [4]. Mais elle est nécessaire; l'intérêt du débiteur exige la consécration de ce moyen rigoureux.

Comme application de cette règle, on peut citer les exemples suivants.

Le constituant a promis de donner une caution pour la prestation de la rente et il ne la donne pas.

Ou bien, il a promis d'employer le prix à payer un créancier hypothécaire aux droits duquel le crédirentier devait être subrogé, et il manque à faire cet emploi.

Dans ces hypothèses et autres semblables, on aperçoit tout de suite l'accord des principes et de l'équité quand, venant au secours du crédirentier, ils prononcent la résolution du contrat.

291. Notre article ne s'occupe textuellement que du cas où le débiteur ne donne pas les sûretés stipulées.

Mais que dirons-nous du cas où les ayant données il les diminue? La jurisprudence décide que la résiliation peut également être demandée [5]; elle n'aperçoit pas de différence raisonnable entre ne pas réaliser les sûretés promises, et les retirer quand elles ont été réalisées.

Si cependant on consulte le discours de Siméon au tribunat, on éprouve quelques scrupules sur cette interprétation de l'article 1977. Siméon, en effet, semble déclarer que lorsque le contrat a été accompli, il ne peut plus y avoir de cause de résolution [6]. Le texte de l'art. 1977 paraît, au premier coup d'œil, avoir été calqué sur cette idée.

Néanmoins, je crois que la jurisprudence est plus vraie quand, expliquant l'art. 1977 comme nous l'avons vue expliquer l'article 1912, elle assimile la diminution des sûretés à l'omission de les réaliser.

Seulement, le juge n'oubliera pas que la résiliation est un acte de haute sévérité; qu'elle renverse des espérances légitimes, et voisines peut-être de l'événement qui allait les convertir en droit acquis; qu'ainsi, il ne faut pas se montrer trop pointilleux, ou trop favorable à des plaintes rigoureuses.

292. On a demandé, par exemple, si le constituant qui vend l'immeuble hypothéqué au service de la rente viagère, sans imposer à son acquéreur l'obligation de la payer, doit être réputé avoir diminué, par cela seul, les sûretés promises. L'affirmative est énoncée dans les considérants d'un arrêt de la cour de Riom du 4 août 1818; et l'on en donne pour raison que l'acquéreur, ayant le droit de purger, peut convertir en droit sur le prix le droit du crédirentier [7]. Mais n'est-ce pas exagérer le principe de notre article? L'acquéreur purgera, je l'accorde. Mais le crédirentier ne verra-t-il pas son droit conservé par l'emploi d'une somme suffisante pour assurer le service de la rente? N'est-ce pas là le mode de purger les rentes viagères [8]? Et quel motif le crédirentier aurait-il de s'en plaindre, puisque cet état de choses est formellement reconnu et consacré par l'article 1978? Il faut sans doute veiller attentivement sur le sort de la rente viagère. Mais il n'est pas juste d'en exalter les prérogatives au point de nuire à l'exercice légitime du droit de propriété.

293. On juge habituellement que si le débiteur avait vendu partiellement et en détail l'immeuble ou les immeubles hypothéqués à la rente viagère [9], le crédirentier pourrait demander la résiliation, attendu qu'il n'est pas obligé de souffrir le payement par-

[1] N° 228.
[2] Art. 1184, Code civ. Sur le principe de la résolution des contrats pour inexécution, *voy.* mon *Comm. de la vente*, n°s 61, 293, 620, etc., etc.
[3] Termes de l'art. 1977.
[4] *Infra*, n°s 291 et 309.
[5] Arg. de l'art. 1188, Code civ. Colmar, 25 août 1810. (Dalloz, *Rente*, p. 416.) — Riom, 4 août 1818. (Dalloz, *Rente*, p. 415. Sirey, 19, 2, 57.)
[6] Fenet, t. 14, p. 553, 554, et Locré, t. 15, p. 190.
[7] Je l'ai cité à la note 5 ci-contre.
[8] Mon *Comment. des hypothèques*, t. 4, n°s 927 et 959 *ter*.
[9] Colmar, 25 août 1810. Sir., 11, 2, 52. Dalloz, *Rente*, p. 416.—Riom, arrêt précité.

tiel de ce qui lui est dû. J'ai dit dans mon *Commentaire des hypothèques* en quoi cette jurisprudence se rapproche de la vérité et en quoi elle s'en éloigne [1].

294. Voici une espèce remarquable où la cour de cassation a reconnu le droit de résiliation. Le créancier de la rente viagère avait laissé périmer son inscription, et c'est dans cet état que le débiteur vendit l'immeuble à un tiers sans lui imposer l'obligation de servir la rente. L'aliénation ainsi faite altérait les droits du crédirentier, puisque, par l'effet de la péremption de son inscription, il ne pouvait agir hypothécairement contre le nouvel acquéreur, et que son gage immobilier lui échappait.

Le débiteur de la rente, pour repousser ses plaintes, lui objectait que c'était par sa propre négligence qu'il s'était mis dans cette impossibilité; quant à lui, débiteur, il n'avait fait qu'user de son droit en vendant sans fraude une chose qu'il ne s'était pas interdit d'aliéner.

Mais on lui répondait : Le crédirentier a pu laisser périmer son inscription à l'égard des tiers, sans que pour cela son hypothèque soit éteinte à l'égard de vous, débiteur. On sait, en effet, que l'hypothèque subsiste sans inscription vis-à-vis du débiteur. Le crédirentier n'a donc pas éteint ou diminué par une imprudence les droits qu'il avait personnellement contre vous. C'est vous seul qui, en vendant sans déclarer la rente et sans en charger votre acquéreur, avez supprimé ou diminué la garantie du crédirentier, et affaibli ses rapports avec vous.

Ce système fut formellement consacré par un arrêt de la cour de cassation du 16 février 1839, portant cassation d'un arrêt de Bordeaux du 22 juillet 1837 [2].

On voit qu'il y avait ici une circonstance particulière, qui rendait la vente périlleuse pour le crédirentier, et excitait ses légitimes inquiétudes. Mais ce serait mal comprendre cet arrêt que de penser (comme l'ont fait quelques notices) [3] qu'il décide positivement que le seul fait de l'aliénation, sans obliger l'acheteur à servir la rente, est une diminution des garanties promises.

295. Quand le gage se trouve déprécié ou diminué par un fait étranger au débiteur et par force majeure, le crédirentier n'a pas à se plaindre; c'est à lui qu'il doit s'en prendre de n'avoir pas exigé *ab initio* des garanties plus considérables [4].

Ainsi, Pierre, débiteur d'une rente viagère, hypothèque à sa sûreté une maison qui, au temps du contrat, était estimée valoir 100,000 fr.; plus tard, cette maison se déprécie, soit parce que le quartier est moins achalandé, soit parce que des circonstances politiques ou autres ont enlevé à la propriété bâtie une partie de sa valeur, et cet immeuble ne vaut plus que 50,000 fr.; il n'importe! le créancier ne sera pas fondé à exiger un supplément d'hypothèque, et encore moins à demander la résolution [5].

Opposera-t-on l'art. 2131 du Code civil? Mais autre chose est rendre la créance exigible et enlever le bénéfice du terme comme le fait l'art. 2131, autre chose est prononcer la destruction d'un contrat [6]! La loi peut se montrer favorable au créancier dans le premier cas, sans pour cela s'engager à prononcer une résiliation pour des faits étrangers à la volonté du débiteur.

296. Le débiteur peut-il arrêter les effets de la résolution en fournissant les sûretés promises, ou en rétablissant celles qu'il a diminuées?

Zachariæ enseigne l'affirmative [7], et un arrêt de la cour de Bruxelles a été rendu en ce sens le 21 avril 1810 [8]. Cette opinion est équitable et nous sommes porté à l'adopter.

Il est vrai que nous avons soutenu qu'en matière de rente constituée en perpétuel, il en doit être autrement [9]. Mais nous ne croyons pas qu'il soit exact d'argumenter sur ce sujet de la rente constituée à la rente viagère. L'art. 1912 contient l'expression d'un droit particulier et rigoureux. Ce sont les côtés spéciaux de cet article qui nous ont conduit à une opinion sévère. Les mêmes raisons de texte n'existent pas ici, et nous pouvons nous livrer à notre préfé-

---

[1] T. 2, nº 814.—*Supra*, *Prêt*, nº 491.
[2] Devill., 39, 1, 311.—Dalloz, 39, 1, 138.
[3] Devill., *loc. cit.*
[4] *Supra*, *Prêt*, nº 492.
[5] Cass., 18 février 1822. (Sirey, 23, 1, 226.)—Douai, 23 nov. 1833. (Sirey, 34, 2, 238.)—Pau, 5 fév. 1825. (Dalloz, *Rente*, p. 418.)—Paris, 21 déc. 1836.—(Devill., 37, 2, 427.)—Zachariæ, t. 3, p. 85.—Souquet, *Dict. des temps légaux*, vº *Rentes*, nº 67, cite d'autres arrêts que l'on pourra consulter.
[6] Zachariæ, t. 3, p. 83.
[7] T. 3, p. 86.
[8] Dalloz, *Rente*, p. 414, note 1.
[9] *Supra*, *Prêt*, nº 493, sur l'art. 1912.

rence naturelle pour les partis les plus modérés [1].

297. Si le crédirentier venait à décéder pendant l'instance, la demande tomberait d'elle-même; car la rente serait éteinte par la force des choses [2]. La demande en résolution, en effet, n'opère pas de plein droit. Il faut que la résolution soit prononcée par le juge pour que le contrat soit dissous. Or, tant qu'il existe, le débiteur doit pouvoir profiter de ses avantages, de même que le créancier en profite de son côté par la perception des arrérages entiers et sans diminution jusqu'au moment où la résolution est prononcée [3]. D'ailleurs, le débiteur aurait pu tranquilliser le créancier en lui fournissant les sûretés promises. Eh bien, ces sûretés sont maintenant inutiles puisque le créancier est mort. Il n'y a plus d'intérêt à suivre l'action tendant à les obtenir.

298. Lorsque la résolution est prononcée, le crédirentier reçoit son capital entier. Mais le débiteur peut-il exiger que ce dernier subisse la réduction à l'intérêt légal des arrérages qu'il a payés?

La négative ressort de la doctrine de tous les auteurs et de quelques monuments respectables de la jurisprudence [4]. On en donne pour raison que ces arrérages sont le prix d'un risque couru et qui subsiste jusqu'à la résolution du contrat; que ce n'est qu'à partir de cette époque que, la rente cessant, le capital ne peut plus produire que l'intérêt légal.

Ce motif me semble déterminant. Le risque a eu lieu; d'un côté s'est trouvée la chance de gagner, de l'autre la chance de perdre. Tous les ans, que dis-je? tous les jours [5], cette chance s'est reproduite jusqu'à la résiliation; tous les ans, tous les jours par conséquent elle a dû avoir son prix. Elle ne l'aurait pas si l'on enlevait au rentier une portion des arrérages échus et fixés d'après l'importance de ce risque. Toute l'économie du contrat de rente viagère se rattache à cette idée; c'est elle qui explique l'art. 1978 [6]; on en trouve la trace dans l'art. 1979; et nous avons vu au numéro précédent qu'elle est inséparable des effets du contrat.

299. On objecte qu'en principe, la résolution produit un effet rétroactif et qu'elle replace les parties au même et semblable état qu'au moment du contrat [7]. Puisque le contrat, dit-on, s'évanouit en vertu d'une cause appelée par les jurisconsultes *primœva et antiqua* [8], il n'en reste rien; tout le passé est effacé, et les rentes qu'il a produites doivent disparaître nécessairement.

Sans doute, poursuit-on, le débiteur pourra être condamné à des dommages et intérêts pour avoir manqué à ses engagements. Outre les intérêts du capital qui est resté entre ses mains, le juge aura le pouvoir de le condamner, suivant l'exigence des cas, à un dédommagement, lequel, étant réuni à ces mêmes intérêts, pourra porter la somme totale due à un taux égal aux arrérages perçus par le crédirentier avant la dissolution. Mais ce n'est que par le moyen des dommages et intérêts qu'on arrivera à ce résultat; et ces dommages et intérêts devront être demandés et justifiés. Sinon, le débiteur ne sera tenu que de l'intérêt légal de la somme dont il a été détenteur.

300. A ces objections, la cour de Caen me paraît avoir répondu d'une manière victorieuse [9]. Je ne fais que commenter sa pensée en disant : Il y a des faits plus forts que l'effet rétroactif de la résolution, et dont rien au monde ne peut effacer la trace. Le débiteur a eu la chance de gagner le capital, le créancier a couru la chance de le perdre. C'est là un fait accompli et réglé. Chaque année, chaque jour ont porté avec eux un échange de risques, et la rente en a été le solde définitif. Quelle puissance humaine pourrait empêcher ces risques d'avoir existé? Et puisqu'ils ont existé, ne doivent-ils pas entraîner des conséquences juridiques, que la justice et l'équité forcent à respecter? L'art. 1184, quelque général qu'il soit, doit

---

[1] Art. 1184, et arg. du paragraphe final.

[2] Pothier, nº 229. Merlin, *Répert.*, vº *Rente viagère*, nº 4. — Duranton, t. 18, nº 166. — Zachariæ, t. 3, p. 86. — Cass., 5 mars 1817. (Dalloz, *Rente*, p. 412.) — Sirey, 17, 1, 211.

[3] Voyez le numéro suivant.

[4] Pothier, nº 230. Merlin, *loc. cit.*; Delvincourt, t. 8, p. 368; Duranton, nº 164; et Zachariæ (*loc. cit.*). Colmar, 25 août 1810. (Dalloz, *Rente*, p. 416.) Poitiers, 13 nivôse an 10. (Dalloz, *Rente*, p. 419.)

[5] Art. 1980, Code civ.; et art. 586, Code civ.

[6] *Infra*, nº 309.

[7] Mon *Comm. de la vente*, nºs 652 et suiv. — Arg. de l'art. 954, Code civ. — Art. 1184.

[8] Mon *Comm. des hypoth.*, nº 466.

[9] *Voy.* son arrêt du 16 février 1843. — Devill., 44, 2, 98. *Infra*, nº 316.

dono céder à l'impossible. C'est ainsi que dans les assurances terrestres, où la prime est anuuelle, et se rapproche, sous ce rapport, du caractère de la rente viagère, la résiliation du contrat par défaut de payement de la prime n'oblige pas la compagnie, demanderesse en résiliation, à restituer les primes perçues. Car elles sont le prix d'un risque couru pour chaque année; elles se rattachent à un fait consommé par chaque révolution annuelle; elles ont été irrévocablement acquises.

Et si des contrats aléatoires nous passons aux contrats consensuels synallagmatiques, comme la vente, n'est-il pas vrai que la résolution, malgré ses effets rétroactifs, laisse néanmoins les fruits à la partie qui a eu un titre légitime pour les percevoir? Ne sait-on pas que dans le réméré, par exemple, l'acheteur, ayant été maître de la chose *pendente conditione*, garde les fruits [1]? Ne sait-on pas que s'il en est autrement dans le cas où la vente est résolue faute de payement du prix, c'est parceque l'acheteur a manqué à ses engagements, et qu'étant possesseur de mauvaise foi, il n'a pu faire les fruits siens [2]? Or, qu'est-ce que les arrérages d'une rente viagère? Ne sont-ce pas des fruits civils? Et puisque l'acheteur de la rente les a faits sieus par sa bonne foi et avec une juste cause, pourquoi les lui enlever? pourquoi faire produire à la résolution des effets exorbitants que la rétroactivité n'engendre pas dans des cas analogues, et par exemple dans le réméré?

Toutes ces raisons me semblent victorieuses [3].

301. Un arrêt de la cour de cassation du 23 août 1843 [4] a cependant fait prévaloir une solution contraire. Cet arrêt veut que les arrérages échus avant la résolution soient réduits aux intérêts légaux toutes les fois qu'il n'y a pas un chef exprès de demande et de condamnation relatif à des dommages-intérêts qui s'ajoutent aux intérêts légaux. Mais n'est-ce pas pousser trop loin le respect de l'art. 1184? N'est-ce pas se faire des idées exagérées sur la résolution et ses effets rétroactifs, qui, dans bon nombre de cas, n'agissent pas avec ce radicalisme, et respectent, par exemple, la perception des fruits et les baux [5]? N'est-ce pas, d'ailleurs, embarrasser les procès de scrupules minutieux? Car, enfin, le sens de la règle enseignée par les auteurs et défendue par nous n'est-il pas que la portion des arrérages qui excède l'intérêt légal est le dédommagement du risque couru, dédommagement aussi nécessaire, aussi inévitable que l'a été ce risque?

302. Quand la rente viagère a été créée pour un capital en immeubles dont elle est le prix, la résolution, telle que nous en avons exposé les principes dans notre *Commentaire de la vente*, n° 652, doit combiner ses effets avec les observations qui précèdent.

Ainsi, Pierre me constitue une rente viagère de 6,000 fr., moyennant un immeuble de 100,000 fr. que je lui ai vendu. S'il abat les bâtiments et les futaies, et ravage la propriété qui me sert de garantie, je pourrai demander la résolution [6]; et comme la résiliation ne m'enlèvera pas les arrérages échus d'après les règles énoncées au numéro précédent j'abandonnerai à Pierre les fruits de l'immeuble pour ne pas m'enrichir à ses dépens. Ce règlement *brevi manu* sera beaucoup plus commode et plus équitable que la triple opération de la restitution des fruits, de la restitution des arrérages, et du calcul des dommages et intérêts; opération qui en définitive arriverait au même résultat si elle était conduite avec les justes égards dus à la position du créancier [7].

303. L'action en résolution qui fait l'objet de notre article n'a lieu que dans les rentes viagères constituées à titre onéreux. Elle ne serait pas recevable si la rente viagère était constituée à titre gratuit. Le texte de l'art. 1977 établit positivement cette distinction [8].

[1] Mon *Comm. de la vente*, n°s 766, 769 et suiv.

[2] Mon *Comm. de la vente*, n° 652. Et comme il doit rendre les fruits, force est que le vendeur lui rende les intérêts de la portion de prix par lui perçue (*loc. cit.*). L'un est la conséquence de l'autre. Comme aussi dans le réméré, où il n'y a pas de restitution de fruits, il n'y a pas de restitution des intérêts.

[3] *Junge infra*, n° 355, le cas où le contrat est résilié par le meurtre du créancier.

[4] Devill., 43, 1, 893. — Voy. *infra*, n° 316, nos observations sur cet arrêt rendu dans le cas du pacte commissoire.

[5] Art. 1673, Code civ.

[6] Art. 1655, Code civ., et 1977.

[7] Poitiers, 13 nivôse an 10. (Dalloz, *Rente*, p. 419.)

[8] *Junge supra*. *Comm. du prêt*, n°s 494, 495.

ARTICLE 1978.

Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages.

SOMMAIRE.

304 Différence entre la rente constituée en perpétuel et la rente viagère, en ce qui concerne le point réglé par l'art. 1978. Cet article, en enlevant au créancier le droit de résolution pour défaut de payement des arrérages, se sépare du droit commun.

305 Examen des raisons qui ont déterminé cet article.
Raison donnée par Portalis.

306. Raison donnée par Siméon.

307. Raison donnée par le tribun Duveyrier.

308. Raison donnée par quelques auteurs.

309. Insuffisance de toutes ces explications. Véritable raison de l'art. 1978.

310. Toutefois les parties peuvent stipuler que la résolution aura lieu.

311. Il ne faut pas s'arrêter aux scrupules de quelques personnes qui croient le contraire.

312. L'art. 1978 est étranger à la donation d'une chose moyennant une rente viagère.

313. Il est également étranger aux ventes d'immeubles moyennant rente viagère, lesquelles sont dépourvues d'*alea*.

314. On ne l'applique pas non plus aux ventes que le créancier de la rente viagère aurait faites de son droit ; s'il n'est pas payé par son acheteur, il a droit à la résolution.
Et cela serait vrai quand même il y aurait dans le prix des prestations viagères, pourvu que ces prestations n'eussent pas elles-mêmes le caractère de rentes viagères.

315. A part ces exceptions, l'art. 1978 domine tous les contrats de rente viagère ; il fait fléchir l'art. 1654 du Code civil.

316. Effets de la résolution dans le cas de pacte commissoire stipulé.
Les arrérages payés ou dus pour le passé doivent-ils être diminués ? Observations critiques sur un arrêt de la cour de cassation.

317. Dans le cas où le créancier est réduit par l'art. 1978 à la voie exécutoire, il peut employer celle de la saisie-arrêt aussi bien que la saisie réelle où la saisie-exécution.

318. Moyens d'assurer le service de la rente viagère quand le capital est saisi et rendu disponible.

319. *Quid* si la saisie ne produit pas un capital suffisant pour le service intégral de la rente ?

COMMENTAIRE.

304. L'art. 1912 du Code civ., dont nous avons donné le commentaire en traitant de la rente constituée, assimile au défaut d'interposition des sûretés stipulées par le contrat l'omission de payer les arrérages de la rente pendant deux années. Ces deux événements sont deux causes également puissantes pour amener la résolution du contrat de rente constituée en perpétuel.

Il n'en est pas de même dans le contrat de rente viagère. Si, comme nous l'avons vu dans l'article précédent, la contumace du débiteur à fournir les sûretés promises autorise la demande en résolution à l'instar de la rente perpétuelle, le seul défaut de payement des arrérages ne saurait autoriser le créancier de la rente viagère à demander le remboursement du capital ou sa rentrée dans le fonds aliéné. Telle est la disposition formelle de notre art. 1978. Elle fait exception à tous les principes reçus en matière de vente, et déroge à l'art. 1654 du Code civil : elle se sépare même du droit commun, formulé pour tous les contrats en général, par l'art. 1184 du Code civ. On a pensé que les intérêts du crédirentier étaient suffisamment garantis par le droit d'exécution sur les biens du débiteur et par la collocation d'une somme suffisante pour le service des arrérages.

305. Quelles raisons ont fait introduire ce droit spécial ?

Suivant Portalis, on a craint que de légères infractions ne servissent de prétexte

pour dissoudre un contrat, et nuire à la solidité des conventions [1]. Mais que signifie cette explication? Comment Portalis peut-il appeler légère infraction un manquement que l'art. 1912 du Code civ. place au premier rang pour dissoudre le contrat de rente perpétuelle? Il est clair que l'illustre orateur n'a pas mis la main sur la véritable raison de décider.

306. Siméon, orateur du tribunat, a-t-il été plus heureux? Je ne le pense pas. « Le contrat est consommé, dit-il; il est accompli, et la négligence dans la prestation de la rente n'est pas une cause de résiliement: elle ne donne qu'une action en contrainte [2]. » Mais quand l'art. 1912 est là pour déclarer que le défaut de prestation des arrérages est une cause de résiliation de la rente perpétuelle, alors même que le contrat est consommé; quand l'art. 1184 sous-entend dans tous les contrats synallagmatiques consommés la clause résolutoire pour contravention à une condition stipulée, on ne comprend pas que l'esprit juste de Siméon se soit contenté d'une si fautive argumentation.

307. Un autre orateur du tribunat, Duveyrier, a cru pénétrer plus avant dans l'esprit de la loi en disant « qu'on a voulu » venir au secours du créancier, tout en » ayant l'air de gêner son libre arbitre. Car » il a paru bon de le soustraire à l'embarras » de chercher un autre emploi et au danger » de perdre peut-être sa dernière ressource » en laissant son capital oisif, en le consommant par portions, en le confiant aux » hasards non encore éprouvés d'un nouveau placement [3]. » Cette explication n'est pas sans valeur, et je ne nie pas qu'il ne faille en tenir compte. Mais elle n'est pas assez profonde; elle ne remonte pas à la racine première de l'art. 1978.

308. Quelques auteurs ont pensé que l'article 1978 est basé sur ce que la rente viagère n'a pas de capital, et que, ne consistant qu'en annuités, qui sont la créance même, le créancier ne peut prétendre qu'à ces annuités et jamais au capital [4]. Mais d'abord, il est faux en soi qu'il n'y a pas dans la rente viagère un être de raison produisant les annuités [5].

De plus, supposons un instant que le contrat de rente viagère se traduise, en définitive, en une combinaison présentant ce caractère qu'on se plaît à lui assigner si faussement. Après tout, qu'est-ce que cette combinaison, sinon l'œuvre d'un consentement donné à certaines conditions? Or, si ces conditions viennent à manquer par la mauvaise volonté de l'un des contractants, pourquoi l'autre ne pourrait-il pas retirer sa parole et demander à être remis au même et semblable état qu'avant le traité? On voit que cette prétendue explication de l'art. 1978 n'explique rien absolument.

309. Il faut donc rechercher d'autres considérations plus satisfaisantes et plus solides.

Le contrat de rente viagère est aléatoire. Les parties ont voulu *ab initio* le soumettre aux chances du hasard. Autant que possible, il est juste, dès lors, de laisser à la fortune le soin d'amener la solution qu'on a attachée à ses incertitudes. On le doit d'autant plus, que le temps n'a pas laissé les choses entières, et qu'il y a plus d'inconvénients dans ce contrat que dans tous les autres à briser prématurément les rapports respectifs. Le débiteur a payé ou pu payer pendant longtemps la rente viagère; par le service des arrérages, il a peut-être déboursé une somme égale à ce capital, que le droit commun, pris à la lettre, l'obligerait à restituer en entier une seconde fois. On voit ce qu'il y aurait de grave à recourir à la mesure extrême de la résolution. Le législateur a donc bien fait de pourvoir aux intérêts du créancier par des moyens plus équitables et plus humains [6]. Et puisque chaque partie y trouve son avantage, comme le disait Duveyrier, c'en est assez pour qu'on ne s'attache pas avec trop de sévérité au principe de l'art. 1184.

310. Toutefois, les parties peuvent expressément stipuler que le contrat sera susceptible de résolution si le débiteur manque

[1] Portalis, *Exposé des motifs*. (Fenet, t. 14, p. 546, et Locré, t. 15, p. 179.)

[2] Fenet, t. 14, p. 553, 554, et Locré, t. 15, p. 190.

[3] Fenet, t. 14, p. 564, et Locré, t. 15, p. 204.

[4] C'était ce que disait formellement Deluca, *De censib.*, § 7, n° 82. — Delvincourt, t. 8, p. 367. — C'est à cela que Duveyrier a fait allusion quand il a dit : « *Le créancier n'a droit qu'au payement exact des arrérages.* » (Fenet, *loc. cit.*) — Arg. de ce que dit Pothier, n° 231; *supra*, n° 215.

[5] *Supra*, n° 215.

[6] Arrêt de Caen du 21 avril 1841, très-bien motivé, et rendu sous la présidence de Dupont-Lungrais. (Devill., 41, 2, 433.)

à payer les arrérages. Rien n'empêche ce dernier de renoncer à un droit introduit en sa faveur [1].

Les auteurs du Code civil l'ont formellement reconnu lors de la discussion de l'article 1978 au conseil d'État.

« Il conviendrait de faire sentir dans la » rédaction, disait Cambacérès, que la règle » générale que l'article établit n'est pas ab» solue; qu'il est permis aux parties d'y » déroger et de stipuler que, faute de paye» ment de la rente, le créancier pourra » rentrer dans son capital ou dans l'im» meuble dont elle est le prix. La rédac» tion proposée n'exclut pas cette clause » dérogatoire, mais il serait plus utile de » l'autoriser formellement. »

Cette proposition du consul Cambacérès fut renvoyée à la section [2]. Toutefois, elle n'amena pas de changement dans la rédaction proposée. Mais quelle en fut la raison? C'est que la stipulation envisagée par le consul, n'étant contraire ni à l'ordre public ni aux mœurs, se trouvait suffisamment légitimée par le principe de la liberté des conventions [3].

Au surplus, cette clause était usitée avant le Code civil, et on en trouve des exemples dans la jurisprudence [4]. De nombreux arrêts rendus sous l'empire de l'art. 1978 en ont reconnu la validité [5].

311. De bons esprits y ont cependant aperçu des difficultés. On a craint que cette stipulation ne dégénérât en clause de style, et que la vigilance du législateur ne se trouvât trompée [6]. Que répondre à ces scrupules exagérés? *Convenances vainquent la loi.* C'est aussi par ce principe que les arrêts se sont décidés.

312. L'art. 1978 ne s'applique qu'au cas où la rente viagère est constituée moyennant un prix ou un capital quelconque. Il est étranger à la donation entre-vifs à charge de la rente viagère, laquelle reste soumise à l'art. 953 du Code civ. [7]. Le texte de l'art. 1978 indique clairement cette différence, et son esprit confirme l'argument de texte. Le législateur a supposé, en effet, que lorsque la rente est constituée à titre onéreux, il y aurait de l'injustice à reprendre au débiteur le total du capital ou de la chose, dont il aurait déjà payé en grande partie la valeur par le service des arrérages; tandis qu'au contraire, lorsque la rente viagère a été créée comme charge d'une donation, la présomption est que le débiteur a reçu au delà de ce qu'il s'est obligé à payer. Il suit de là qu'il ne saurait se plaindre d'une peine méritée par son oubli de tous ses devoirs, et empreinte d'un caractère d'équité et de moralité [8].

313. Nous pensons également que l'article 1978 cesse d'être applicable lorsque la rente viagère est créée dans des conditions qui lui enlèvent le caractère aléatoire. Ainsi supposons que Pierre vende à Paul un immeuble valant 100,000 fr. pour 2,500 fr. de rente viagère. Comme une telle vente n'a pas d'*alea*, et que, quel que soit l'événement du décès et le long temps pendant lequel la rente aura été payée, l'acquéreur a toujours fait une affaire bonne et sûre, je n'hésiterais pas à appliquer l'art. 1654 du Code civ., plutôt que l'art. 1978. Ce dernier appartient au titre *des Contrats aléatoires*, et sa disposition exceptionnelle ne saurait convenir à un contrat où les parties ont procédé sans *alea*.

314. Il arrive quelquefois que le rentier cède le bénéfice de son contrat moyennant un prix. J'ai vu quelques exemples de ces cessions de la part de gens âgés, qui, pour s'exempter des soins d'un ménage, se mettent en pension chez une personne à laquelle elles transportent leur droit à la rente. On trouvera une espèce de cette nature dans un arrêt de la cour royale de Bordeaux du 1er août 1824, où une femme Rousseau,

---

[1] Mon *Comm. de la vente*, nº 648. — Souquet, *Dict. des temps légaux*, vº *Rente*, nº 76.

[2] Fenet, t. 14, p. 325, 326, et Locré, t. 15, p. 156 et suiv.

[3] Locré, p. 149. Cambacérès, d'ailleurs, le reconnaissait.

[4] Contrat du 20 novembre 1775, dans une espèce jugée par la cour de cassation, le 3 mars 1817. (Dalloz, *Rente*, p. 412.

[5] Bordeaux, 18 février 1835. (Dalloz, 35, 2, 62.) — Paris, 22 février 1837 (Devill., 37, 2, 291), qui a abandonné une jurisprudence antérieure consacrée par arrêt du 22 septembre 1812. (Sirey, 13, 2, 142; Devill., 2.)— Cass., 22 août 1843. (Devill., 43, 1, 892.) — Autre du 26 mars 1817. (Devill., 5, 1, 300.) —Caen, 16 décembre (Devill., 44, 2, 98.) — Et autres cités par Devilleneuve (43, 1, 892), par Dalloz (*Rente*, p. 413, note 3), et par Souquet (*loc. cit.*).

[6] Duranton, t. 18, nº 169, et une note communiquée à Devilleneuve, 44, 2, 98.)

[7] Poitiers, 6 janvier 1837. (Devill., 37, 2, 266.)— Cass., 18 juillet 1836. (Dalloz, 36, 1, 423.)—Caen, 21 avril 1841. (Devill., 41, 2, 433.)

[8] *Voy.* l'arrêt de Caen précité.

créancière d'une rente viagère de 400 fr., avait cédé cette rente à un sieur Despagnac pour certaines prestations personnelles [1].

Dans ce cas, la cession est un contrat ordinaire; elle est une vente réglée par le droit commun, et si l'acheteur ne remplit pas ses obligations, on lui applique l'article 1184 du Code civ., et non pas l'art. 1978. L'arrêt que je viens de rappeler a consacré cette vérité dans des circonstances remarquables.

Cette femme Rousseau, pauvre octogénaire, avait vendu à Despagnac sa rente viagère à condition que ce dernier la logerait, la nourrirait, fournirait à son entretien et lui payerait en outre 40 fr. par an. Despagnac, au lieu de remplir ses engagements, accabla cette malheureuse de mauvais traitements; il la laissa sans aliments et sans asile, et la réduisit à la dure extrémité de solliciter la charité des voisins. La veuve Rousseau recourut à la justice pour faire prononcer la résolution de son contrat avec Despagnac, et elle l'obtint par l'arrêt précité.

Cette solution est d'une justice manifeste. Le contrat passé entre la veuve Rousseau et Despagnac n'avait pas les caractères d'une rente viagère proprement dite. C'était un bail à nourriture, fort différent de la rente viagère, dans laquelle le créancier ne peut exiger qu'une quantité déterminée et peut en disposer à son gré [2]. C'eût été faire violence à l'art. 1978 que de l'étendre à cette espèce.

315. A part les cas que nous venons d'énumérer aux trois numéros précédents, l'article 1978 domine invariablement tous les contrats de rente viagère à titre onéreux. Quand même la rente viagère serait le prix d'un immeuble vendu, l'art. 1978 n'en serait pas moins applicable, et il faudrait lui donner la préférence sur l'art. 1654 [3]. Nous renvoyons du reste à notre commentaire de cet article. On y trouvera le développement des principes et les tempéraments dont l'art. 1978 peut être l'objet dans certains cas.

316. Quand la résolution est prononcée en vertu des conventions des parties, il n'y a pas de réduction à opérer sur les arrérages perçus; le débiteur ne serait pas fondé à exiger qu'ils fussent abaissés jusqu'au taux légal de 5 p. % [4]. Voici comment ce point de droit est expliqué par un arrêt de la cour de Caen du 16 février 1843, motivé avec profondeur :

« Considérant que la disposition de l'article 1183, portant que l'effet de la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, est de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé, cesse là où son application est impossible; qu'il est évident que la révocation d'un contrat de rente viagère, après une existence plus ou moins longue, ne peut pas replacer les choses dans leur état primitif, attendu que, pendant tout le temps qu'il a duré, le débiteur a eu en sa faveur les chances favorables d'extinction de la rente, dont il eût profité si elles eussent tourné pour lui; que les arrérages qu'il a payés ou dû payer ont été le prix de ces chances [5]. »

Le contraire a néanmoins été décidé par arrêt de la cour de cassation du 23 août 1843, portant cassation d'un arrêt de la cour de Rennes du 27 avril 1839 [6].

La dame Dupasquier avait acquis une rente viagère de 600 fr. moyennant le prix de 6,000 fr. qu'elle avait payé à Rougeard, constituant. Le pacte commissoire avait été expressément inséré dans le contrat, et il avait été convenu que la dame Dupasquier n'aurait rien à rendre des sommes reçues par elle à titre d'arrérages échus.

Rougeard ne s'acquitta que d'un terme. Méprisant ses obligations, il laissa s'accumuler les rentes arriérées. En 1837, la dame Dupasquier perdit patience; elle porta une action en justice pour demander la résiliation du contrat, ainsi que le payement des arrérages échus et ceux à échoir jusqu'au remboursement intégral du capital.

Jugement du tribunal de Ploermel qui ordonne le remboursement du capital, alloue

[1] Dalloz, 35, 2, 35.
[2] Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregist.*, n° 1504; et *Dict. des droits d'enregist.*, v° *Bail à nourriture*, n° 8. — *Supra*, n° 230.
[3] Mon *Comm. de la vente*, n° 647 et 648. — Orléans, 6 février 1835. (Devill., 37, 2, 75.) — Cass., req., 13 juin 1837. (Devill., 38, 1, 45.)
[4] Paris, 22 février 1837. (Devill., 37, 2, 291.) — Bruxelles, 10 août 1833. (Devill., 34, 2, 399.)
[5] Devill., 44, 2, 98. *Junge* Poitiers, 15 nivôse an 10. (Dalloz, *Rente*, p. 419; *infra*, n° 355, sur l'art. 1892.)
[6] Devill., 43, 1, 895. — *Supra*, n° 301.

à la demanderesse cinq années d'arrérages antérieurs à la demande, plus les arrérages à échoir jusqu'au remboursement du capital. Un arrêt de la cour de Rennes du 27 avril 1839 confirme cette décision.

Il est un point de vue qui devait entraîner infailliblement la cassation de cet arrêt. Au jugement de tous les auteurs, la résolution prononcée arrête les arrérages; n'y ayant plus de contrat de constitution de rente viagère, le débiteur ne doit désormais qu'un capital, et s'il ne le paye pas, il n'est tenu que des intérêts de ce capital au taux légal [1]. Or, la cour de Rennes, en condamnant Rougeard à payer les arrérages jusqu'au remboursement intégral, avait méconnu les principes consacrés par l'art. 1184. En même temps qu'elle avait annulé le contrat, elle lui avait fait produire des effets pour l'avenir; elle était tombée dans la plus flagrante contradiction unie au plus inexplicable oubli des principes essentiels en matière de résolution des contrats.

Mais l'arrêt de Rennes devait-il être cassé en tant que, pour tout le passé antérieur à la résolution, il avait condamné le débiteur au service des arrérages tels que le contrat les avait fixés? Non, suivant Pothier et les auteurs dont j'ai rapporté ci-dessus l'opinion [2]. Non encore, si l'on veut tenir compte des observations que nous avons présentées à l'appui de leur doctrine. L'art. 1184 du Code civil, quelque général qu'il soit, n'est pas supérieur aux impossibilités de fait, qui s'opposent à ce que le passé disparaisse radicalement. Comme l'a dit la cour de Caen avec beaucoup de sens, il y a ici des périls qui ont menacé une tête, et des chances de gain qui ont existé en faveur de l'autre. Ne sont-ce pas là des faits accomplis sur lesquels il n'est pas possible de revenir? Ne faut-il pas de toute nécessité que le débiteur paye la chance d'extinction de la rente qu'il a eue en sa faveur, et dont il aurait profité si le sort en avait ainsi décidé? L'art. 1184 a-t-il le pouvoir d'empêcher ce résultat acquis, consommé et invincible?

Ajoutons que l'art. 1979 contient implicitement la pensée que la non-répétition des arrérages payés ou échus est comprise, de droit, dans les effets de la résolution du contrat de rente viagère [3]. N'oublions pas, surtout, que l'art. 1978 est fondé, en grande partie, sur cette même pensée qui lui sert de point de départ et d'explication [4]. Nous croyons, du reste, avoir démontré, par les raisons les plus irrésistibles et les analogies les plus puissantes, qu'on se fait des idées fausses et exagérées sur la résolution et son effet rétroactif quand on la pousse dans ce radicalisme [5].

317. L'article 1978 parle de la saisie des biens du débiteur comme moyen de contrainte. Mais il n'entend pas fermer les autres voies d'exécution; et, par exemple, la saisie-arrêt peut très-bien être employée à la place de l'expropriation, pour assurer le service des arrérages au moyen d'un capital appartenant au débiteur [6]. Une saisie-arrêt de deniers remplit le même but que l'expropriation et la saisie de choses destinées à être vendues. Dès lors, elle rentre dans le système du législateur.

318. Lorsque l'actif du débiteur est réduit en une somme d'argent liquide, l'emploi du capital nécessaire pour assurer le service de la rente se fait par les moyens que nous avons indiqués dans notre *Commentaire des hypothèques* [7].

319. Si la vente des biens du débiteur n'est pas suffisante pour assurer le service intégral de la rente viagère, c'est un malheur pour le rentier, et il doit le supporter sans se plaindre. Tant pis pour lui s'il n'a pas exigé des cautions suffisantes, et s'il a traité avec une personne qui ne lui offrait pas de garanties [8].

[1] *Supra*, n° 297. — Pothier, n° 230.
[2] *Supra*, n° 298.
[3] *Infra*, n° 322.
[4] *Supra*, n°s 309 et 312.
[5] *Supra*, n° 300.

[6] Cassat., ch. civ. (arrêt portant cassation), 16 avril 1839. (Devill., 39, 1, 311.)
[7] N° 959. — *Junge* Duranton, t. 18, n° 170; et Zachariæ, t. 3, p. 87.
[8] Pau, 5 fév. 1823. (Dalloz, *Rente*, p. 418, note.

ARTICLE 1979.

Le constituant ne peut se libérer du payement de la rente en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés. Il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente.

SOMMAIRE.

320. La faculté de rachat n'a pas lieu dans la rente viagère. Différence à cet égard entre elle et la rente constituée en perpétuel.
321. Raisons de cette règle.
322. Objections résolues.
323. La masse des créanciers d'un failli ne peut racheter la rente viagère due par le failli.
324. Mais peut-on stipuler par pacte spécial que le vendeur de la rente pourra l'éteindre par le rachat ?
Opinion affirmative de Casaregis.
325. Objections.
326. Et réponse.
327. Peut-on aussi stipuler que le prix du réméré sera un prix moindre que le prix reçu.
Opinion affirmative de Casaregis, et raisons pour l'adopter.

COMMENTAIRE.

320. Les rentes constituées au perpétuel renferment la condition implicite que le vendeur qui a reçu le prix de la rente pourra le rembourser pour en éteindre le service à l'avenir [1]. Cette faculté de rachat n'existe pas dans la rente viagère, d'après les principes toujours suivis dans l'ancien et le nouveau droit [2]. Le constituant ne peut se libérer du payement de la rente en offrant de rembourser le capital et en renonçant à la répétition des arrérages payés. Il est tenu de servir la rente jusqu'au décès des personnes sur la tête desquelles elle est constituée.

321. En voici la raison :

D'une part, le capital est mort, et il ne saurait revivre [3]. D'autre part, le débiteur a contracté un engagement précis; il doit le tenir jusqu'au bout, sans quoi les combinaisons constitutives du contrat se trouveraient renversées, et les chances de gain cesseraient d'être réciproques. Il ne faut pas que le constituant enlève à l'acheteur l'avantage de la rente, sous prétexte qu'elle lui devient onéreuse. Si le hasard avait hâté le décès du crédirentier, il aurait fait un bénéfice que nul n'aurait pu lui enlever. Il serait donc injuste qu'il privât ce même crédirentier du bénéfice que celui-ci trouve dans la chance contraire.

322. Vainement dirait-il que la longévité du créancier l'ayant mis dans la nécessité de payer en arrérages beaucoup plus qu'il n'a reçu en capital, il se trouve lésé. La lésion, dans un contrat, se juge *ab initio*, et non pas par suite d'événements incertains et imprévus. Or, au moment du contrat il y avait égalité de chances bonnes et mauvaises; les deux parties étaient sur un pied de réciprocité parfaite [4].

Vainement encore le débiteur offrirait-il de renoncer à la répétition des arrérages payés; cette offre n'ajouterait rien à son droit. Le créancier a eu une juste cause de toucher les arrérages, et ce n'est pas lui faire grâce que de les lui laisser [5].

323. Non-seulement le débiteur ne peut s'exonérer de la rente en la remboursant;

[1] *Voy.* mon *Comment. du prêt*, n° 434.

[2] Arrêt du parlement de Paris du 15 mars 1720, rapporté au *Journal des audiences*, t. 7, p. 376; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Rente viagère*, § 1; et *Répert.*, même mot, n° 5; cass., arrêts des 21 messidor an 4 et 22 floréal an 9; le cardinal Deluca, *De censib.*, § 7, n° 82.

[3] Deluca (*loc. cit.*), dit très-bien : *Sors totalem sentit mortem... Iste contractus irretractabilem hinc inde emptionem continet.*

[4] Fontanella, *De pactis nupt.*, cl. 4, gl. 18, pars 3, n° 105. — *Supra*, n° 285.

[5] On sait que le réméré n'enlève pas à l'acheteur les fruits. (Mon *Comment. de la vente*, n°s 766, 769.)

mais il faut dire encore que s'il tombe en faillite, ses créanciers, qui le représentent, ne peuvent éteindre cette rente en offrant le capital. Sans doute, ce droit du débiteur est gênant pour la masse des créanciers [1]. Mais ni leur fait ni celui de leur débiteur ne sauraient porter atteinte à une convention légalement formée [2].

324. Peut-on stipuler par pacte exprès que le vendeur aura la faculté de rembourser le prix et d'éteindre la rente?

Casaregis a traité cette question avec son savoir ordinaire [3]. Il la décide, avec la rote de Gênes, dans le sens de la validité du pacte, en réfutant plusieurs docteurs qui y avaient vu l'indice d'un contrat usuraire. Il établit qu'il n'a rien de contraire à la justice, qu'il ne va pas contre la substance du contrat [4], qu'aucune loi ni aucun statut ne le frappent de prohibition, et qu'on ne voit pas pourquoi il serait défendu au constituant qui veut se rédimer d'une rente onéreuse de stipuler la faculté de rachat en sa faveur; et pourquoi aussi le créancier ne pourrait pas renoncer à l'irrédimibilité de la rente et consentir au réméré.

325. On peut objecter, contre ce sentiment, que la faculté de rembourser semble aller contre les principes essentiels du contrat de rente viagère, qui doit être aléatoire des deux côtés; qu'en effet, si le débiteur, trouvant que la rente est trop onéreuse, peut s'en libérer, l'*alea* défavorable disparaîtra de son côté; que tandis que l'autre partie sera soumise au risque de tout perdre par son décès prématuré, lui, il restera avec la chance de gain, sans le risque d'être grevé par le long service des arrérages; qu'il n'y a donc pas cette égalité respective, cette incertitude réciproque que tous les jurisconsultes recherchent dans la rente viagère [5]?

326. Mais ces scrupules me semblent poussés trop loin, et je m'en tiens à l'opinion de Casaregis. Sans doute, dans son état normal, le contrat de rente viagère est aléatoire des deux côtés; mais ce n'est pas aller contre son essence que de diminuer les chances de perte de l'une des parties; c'est seulement altérer sa nature [6], ce qui est faisable. N'existe-t-il pas des contrats aléatoires où l'*alea* n'est que d'un seul côté? Pourquoi serait-il défendu aux parties de rapprocher le contrat de rente viagère de ces contrats, par des stipulations apposées en connaissance de cause? La convention ne restera-t-elle pas toujours avec ses éléments essentiels? N'y aura-t-il pas une rente vendue, quoique rachetable? N'y aura-t-il pas un prix? N'y aura-t-il pas un consentement formel? — Remarquez d'ailleurs que l'acheteur de la rente n'a pas de lésion à redouter. Si la rente cesse, il reprend son capital. Le fonds perdu se retrouve, et chacun rentre dans son droit.

327. Casaregis va même jusqu'à décider que le rachat peut être stipulé à la condition que le prix à rendre par le constituant sera moindre que le prix reçu; il veut qu'on puisse convenir que le prix sera diminué, *arbitrio boni viri*, en proportion des années écoulées [7], attendu qu'il est certain que plus une personne a gagné des années, plus elle peut, avec un moindre capital, se procurer un revenu plus fort en viager. Je ne vois pas d'inconvénient à cette opinion, qui, en définitive, ne fait que respecter la volonté libre des parties.

ARTICLE 1980.

La rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu.

Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé est acquis du jour où le payement a dû en être fait.

[1] Defermon, *Discussions au conseil d'État*, séance du 5 pluviôse an 12. (Fenet, t. 14, p. 526. Locré, t. 15, p. 157.)
[2] Portalis (*loc. cit.*).
[3] Disc. 96, n° 29 et suiv.
[4] N° 32.
[5] Fontanella, *De pactis nupt.*, cl. 14, gl. 18, pars 3, n° 104 : « *Æqualitas lucri et damni inter contrahentes.*
[6] Portalis. (Fenet, t. 14, p. 546. Locré, t. 15, p. 179 et suiv.)
[7] *Loc. cit.*, n° 32.

SOMMAIRE.

328. Règlement des pensions courantes dans le cas où la rente s'éteint par le décès.
329. Du cas où la rente n'est pas payable d'avance.
330. Du cas où elle est payable d'avance.
331. Coup d'œil sur l'ancien droit relativement à ce dernier point.
332. Proposition du projet de Code.
333. Amendement du tribunal et rédaction définitive de l'art. 1980.
334. Vice de rédaction de cet article.
335. Le jour de la mort du créancier doit-il être compté aux héritiers ou bien doit-il être retranché?
336. Suite.

COMMENTAIRE.

328. Quand la rente viagère est éteinte par le décès du créancier, il s'agit de savoir comment se règlent les pensions courantes.

Notre article fait une distinction :

Ou la rente est payable d'avance, ou elle est payable sans anticipation.

329. Dans ce dernier cas, le débiteur ne doit que le nombre de jours pendant lesquels la personne a vécu. Car, en principe, l'acquisition de la rente s'opère jour par jour; chaque jour est une échéance; et le dernier jour de la vie du rentier est aussi le dernier jour de l'obligation et du payement [1].

330. Dans le premier cas, il en est autrement; le terme payé ou dû d'avance est acquis en totalité au propriétaire, quand même il n'aurait pas vécu pendant toute la durée de ce terme. La convention de payer d'avance, convention très-licite du reste et assez usitée [2], modifie la nature du contrat, et fait durer, en quelque sorte, la rente plus longtemps que la vie du créancier. Le rentier est censé avoir stipulé une prime pour le cas où la mort viendrait le surprendre avant la fin du terme [3].

331. Dans l'ancienne jurisprudence, on n'était pas généralement d'accord sur l'effet de ce pacte. Plusieurs, s'attachant avec rigueur à la règle, que la rente tient à la vie du rentier et doit cesser avec elle, voulaient que les représentants du rentier ne fussent pas fondés à réclamer la totalité du terme, payable d'avance et dû au moment du décès; ils soutenaient que la rente n'était acquise que jour par jour, malgré la stipulation de payement d'avance [4]. Bien plus, il y en avait qui voulaient que l'on pût répéter ce qui avait été payé de trop, eu égard au moment du décès [5]. D'autres, moins rigoureux, pensaient que si le débiteur avait effectué le payement d'avance, il fallait repousser la répétition et ratifier ce payement consommé.

332. Le projet soumis au conseil d'État proposait par son art. 17 de consacrer cette dernière opinion, à savoir, le respect pour le payement effectué; mais aussi la réduction du terme non payé au nombre de jours écoulés jusqu'au décès [6].

Un double inconvénient résultait de cette disposition. D'une part, elle encourageait la négligence à remplir les engagements contractés, puisque le débiteur en retard gagnait à n'avoir pas payé comme il aurait dû le faire [7]. D'un autre côté, elle méconnaissait la puissance de la convention qui, en fixant les termes de payement et en rendant le payement exigible au commencement de chaque terme, n'avait rien fait que de licite [8].

333. Le tribunat fit sentir avec force que le projet d'article ne répondrait pas aux sages intentions du législateur [9], et, sur ses représentations, le Code civil est rentré dans le vrai; nous le louons d'avoir fait taire des scrupules superstitieux et écarté ces incohérences.

334. Nous ferons cependant à l'art. 1780 un reproche qui touche à la rédaction. Son texte semble supposer que la rente est toujours assise sur la tête du créancier. C'est une inadvertance; l'art. 1971 est là pour la

---

[1] Duveyrier, tribun. (Fenet, t. 14, p. 566. Locré, t. 15, p. 206.)
[2] Casaregis, disc. 96, n° 44.
[3] Siméon, tribun. (Fenet, t. 14, p. 554. Locré, t. 15, p. 190.)
[4] Pothier, n° 248.
[5] Pothier, *loc. cit.*
[6] Fenet, t. 14, p. 525. Locré, t. 15, p. 156.)
[7] Siméon, *loc. cit.*
[8] Duveyrier, *loc. cit.*
[9] Fenet, t. 14, p. 531. Locré, t. 15, p. 163.

signaler. Il ne fallait donc pas dire que la rente viagère est acquise au propriétaire dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu. Le texte, pour être exact, devait s'exprimer ainsi : Dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée.

335. Quand la rente n'est pas payable d'avance, on demande si le revenu du jour de la mort est acquis aux héritiers du créancier?

Si on s'en tenait à l'adage : *Dies inceptus pro finito habetur,* le débiteur devrait le *prorata* du jour du décès. Mais en cette matière on suit une autre règle, et l'on prend pour guide l'art. 586 du Code civ.

Or, d'après cet article, les fruits civils s'acquièrent jour par jour. Et comme la loi ne compte pas par heures [1], elle ne fait état que du jour arrivé à son terme. Il faudrait donc que le rentier fût mort à la fin de la dernière heure du dernier jour pour que le revenu du jour de sa mort fût dû. Sinon, ce jour ne passe pas en compte [2].

336. Si la rente est payable d'avance, par exemple le 1er janvier et le 1er juillet de chaque année, le créancier ou ses représentants n'ont-ils droit au semestre qu'autant que la personne sur la tête de laquelle repose la rente a vécu tout le jour fixé pour le payement? L'affirmative est enseignée par Zachariæ [3], et elle résulte du principe général et très-bien enseigné par Souquet, savoir, que, lorsqu'il a été convenu qu'une dette se payerait à jour déterminé, elle ne peut être exigée qu'après que ce jour est écoulé [4].

ARTICLE 1981.

La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit.

SOMMAIRE.

337. La rente viagère est cessible et transmissible.
338. On peut en saisir les arrérages.
339. Les parties, en créant une rente viagère peuvent-ils stipuler qu'elle sera *insaisissable*?
340. Non, si elle est créée à titre onéreux.
341. Oui, si elle est créée à titre gratuit.
342. La rente viagère à titre gratuit est même présumée de droit insaisissable si elle est pour aliments.
343. Tempéraments à l'insaisissabilité.
344. Mais, dans les rentes viagères constituées à titre onéreux, le droit de saisie est général et absolu.
345. Une partie ne peut se réserver à elle-même, en vendant ses biens, une pension insaisissable, même sous prétexte d'aliments.
346. De l'*incessibilité* conventionnelle d'une rente viagère.
347. Du cas où c'est le donateur qui la declare incessible.
348. Du cas où c'est dans un contrat à titre onéreux qu'elle est stipulée incessible.

COMMENTAIRE.

337. La rente viagère est susceptible de cession [5]; elle peut être vendue par le créancier aux conditions stipulées dans le contrat originaire. Elle est même, dans certains cas, transmissible de droit. Par exemple : lorsque, étant constituée sur la tête d'un tiers désintéressé, le créancier vient à mourir avant le tiers, le bénéfice de la rente passe à ses héritiers [6].

338. Il n'est même pas douteux que les créanciers du rentier ont le droit d'en saisir et arrêter les arrérages [7]. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers [8].

339. Mais peut-on stipuler, en créant une rente viagère, qu'elle ne sera pas saisissable? Cette question se résout par une distinction :

---

[1] Art. 2261, Code civ. — Mon *Comment. de la prescription*, n° 810.
[2] Proudhon, *Usufruit*, t. 2, n° 910. — Zachariæ, t. 3, p. 84, note 1. — Toullier, t. 14, n° 290.
[3] *Loc. cit.*
[4] *Code des temps légaux*, introd., ch. 1, n° 4.
[5] *Supra*, n° 314.
[6] *Supra*, n° 238.
[7] Pothier, n° 252.
[8] Art. 2093, Code civ.

Ou la rente est créée à titre onéreux, ou elle est créée à titre gratuit.

340. Dans le premier cas, ni le constituant qui la vend, ni le créancier qui l'achète, n'ont le pouvoir de la rendre insaisissable. Un vendeur ne ferait-il pas une chose ridicule en stipulant, par exemple, que l'immeuble qu'il aliène ne sera pas susceptible de saisie? Pourquoi serait-il plus puissant à l'égard d'une rente viagère? Et quant à l'acheteur, tombe-t-il sous le sens qu'en faisant entrer une chose dans son patrimoine, il lui soit loisible de la soustraire à l'action de ses créanciers [1]? Est-ce qu'il peut lui être permis de leur faire fraude en les privant de leur gage légal?

341. Mais quand la rente est constituée à titre gratuit, il en est autrement. Le donateur et le testateur ont été maîtres d'apposer à leur libéralité la condition d'insaisissabilité. *Unumquemque licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere* [2]. Les créanciers ne sauraient se plaindre d'aucun tort. N'était-il pas au pouvoir du donateur et du testateur de ne pas donner [3]?

342. Il faut même dire que la rente viagère donnée ou léguée à titre d'aliments est présumée de droit avoir été faite avec la condition d'insaisissabilité [4]. C'est pourquoi l'art. 581, n° 4, du Code de proc. civ., la déclare insaisissable quand même la donation ou le testament seraient muets à cet égard.

343. On sait au surplus que cette insaisissabilité stipulée, ou présumée de droit, n'est pas absolue, et que, d'après l'art. 582 du Code de proc. civ., il y a des cas où l'on peut recourir au ministère du juge pour obtenir la saisie partielle.

344. Mais, faisons-y bien attention, le privilége de l'insaisissabilité n'a été établi ou reconnu par la loi que dans le seul cas de constitution gratuite de la rente viagère. Il ne servirait de rien qu'une personne qui vend ses biens et se réserve dans le prix une rente viagère la déclarât insaisissable. Nous le répétons, toute rente viagère stipulée par contrat onéreux est soumise au droit des créanciers.

345. Dans le dernier cas que je viens de citer, il ne serait pas plus juridique que le créancier se fût fait la réserve de la rente à titre de pension alimentaire. L'art. 581 du Code de proc. civ. n'a en vue que les pensions alimentaires données par des tiers à titre gratuit, et non pas les rentes que le créancier se procure par l'aliénation de ses propres biens [5] : sinon il n'y aurait rien de plus facile que de faire fraude aux droits des tiers.

346. A côté de cette question, si nettement décidée par notre article, il s'en trouve une autre que la jurisprudence a soulevée. Elle consiste à savoir si une rente viagère peut être stipulée incessible.

La distinction que nous faisions tout à l'heure entre la rente à titre onéreux et la rente à titre gratuit se reproduit ici.

347. Si la rente est constituée à titre gratuit, le donateur et le testateur peuvent stipuler que le rentier ne pourra pas le vendre [6]. Cette clause, souvent nécessaire pour sauver de la ruine un dissipateur ou un prodigue, ne peut être accueillie qu'avec faveur; elle ne présente pas les caractères d'un fidéicommis prohibé; car si elle renferme la charge de conserver, elle ne contient pas la charge de rendre, élément nécessaire de tout fidéicommis contraire aux lois.

348. Mais quand la rente est constituée à titre onéreux, la clause d'incessibilité ne saurait subsister. Qui pourrait, en effet, avoir un intérêt civil, digne de considération, à faire révoquer la cession consommée en contravention à cette clause? Serait-ce le débiteur de la rente? Mais il a été désintéressé et mis hors de cause par le prix qu'il a reçu *ab initio* pour servir les annuités; et dès lors que lui importe de payer la rente à tel plutôt qu'à tel autre? Fera-t-il parler le langage de l'affection pour le créancier? Mais ce n'est pas à une personne qui traite dans la vue de faire son profit qu'il appartient de toucher cette corde. Qu'il la laisse à l'homme libéral qu'il a donné, et non pas vendu!

A défaut du débiteur, pourrait-on, trouver dans la personne du créancier le principe d'une action en nullité de la cession? Pas da-

[1] Pothier, *loc. cit.*; Portalis, *Motifs*. (Fenet, t. 14, p. 547, et Locré, t. 15, p. 181.)
[2] Pothier, *loc. cit.*—Portalis, *loc. cit.*
[3] *Junge* art. 581, n° 3, Code de proc. civ.
[4] Pothier, n° 252.
[5] Rennes, 23 juillet 1840. (Devill., 41, 2, 422.)
[6] Rouen, 29 janvier 1829. (Sirey, 30, 2, 149; et la note de Devill., au vol. de 41, 2, 575.)

vantage. Ce créancier n'a pu se faire à lui-même une loi qui enchaîne d'avance sa libéralité. Puisque cette loi est son ouvrage, il a eu la faculté de la détruire à son bon plaisir, et de revenir au droit commun.

Cette opinion a en sa faveur un arrêt de la cour royale d'Orléans, du 6 août 1841 [1], dont je n'adopte pas tous les motifs, mais qui, au fond, peut être ramené à ceux que je viens d'exposer. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 1er mars 1843 [2].

ARTICLE 1982.

La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire : le payement doit en être continué pendant sa vie naturelle.

SOMMAIRE.

349. Transition.
350. De l'extinction de la rente par mort naturelle.
351. Le débiteur doit attendre patiemment et sans faire des vœux impies le décès naturel de celui sur la tête duquel la rente a été constituée.
352. Du cas où c'est le débiteur de la rente qui donne la mort au créancier pour hâter l'époque de sa libération.
353. Un tel attentat est une cause de résolution du contrat.
354. Les biens vendus à charge de rente viagère rentrent francs et quittes dans les mains des héritiers de la victime.
355. Et les arrérages dus doivent être servis sans diminution.
356. Suite des effets de la résolution.
357. Le suicide du créancier de la rente est un cas légitime d'extinction de la rente.
358. De l'influence de la mort civile sur l'existence de la rente.
359. La mort civile doit-elle éteindre la rente comme elle éteint l'usufruit ?
Non! Raison de cette différence.
360. Qui doit toucher la rente quand le créancier est frappé de mort civile?

COMMENTAIRE.

349. La rente viagère s'éteint par la mort naturelle de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. Ce principe est sous-entendu dans l'art. 1982 du Code civil, et lui sert de point de départ. C'est pourquoi nous devons nous y arrêter quelques instants avant d'aborder l'objet précis de ce même article.

350. Quand la personne qui est créancière de la rente vient à mourir avant la personne sur la tête de laquelle elle est constituée, la rente continue avec ses représentants. Quand au contraire la personne sur la tête de laquelle elle est constituée meurt avant le créancier, ce dernier n'a plus rien à prétendre. Son droit est éteint.

On voit que ce qui est à considérer ici, ce n'est pas le décès du créancier, c'est le décès de la personne sur la vie de laquelle la rente est constituée.

351. Quelquefois des débiteurs de rente viagère souhaitent la mort de celui sur la tête duquel elle est constituée. Ce sentiment est mauvais et condamnable. Ne le mettons pas sur le compte du contrat de rente viagère, qui, en lui-même, est aussi moral que tout autre. Renvoyons-en la responsabilité à l'avarice de débiteurs, qui trouvent commode de profiter des chances heureuses d'un contrat aléatoire, et s'impatientent des chances défavorables qui en sont la compensation.

352. Quelquefois aussi, lorsque la rente était constituée sur la tête du créancier, il s'est rencontré des débiteurs qui ont hâté leur libération en donnant la mort à ce créancier. Les auteurs italiens rappellent la triste fin de Jean Pic de la Mirandole, empoisonné par un riche Florentin qui lui devait une rente viagère [3].

---

[1] Devill., 41, 2, 575.
[2] Devill., 43, 1, 345.

[3] Sordus, *De alim.*, t. 9, *quæst.* 11, n° 50, *in fine*. — Casaregis, disc. 96, n° 7. — Je n'ai pas trouvé le récit de

La jurisprudence civile s'est préoccupée de cette coupable atteinte portée à l'essence d'un contrat dont la fin a été subordonnée *ab initio* au cours de la nature. Elle s'est demandé quels doivent être les effets juridiques de la mort violente du créancier par le crime du débiteur.

353. Deux fois (il est triste de le dire) cette question a été portée en justice; les tribunaux ont décidé, avec raison, que le contrat de rente viagère se trouve résolu par suite du principe de l'art. 1184 du Code civil [1]. Le débiteur homicide viole en effet l'une des conditions substantielles du contrat de rente viagère; il fait cesser l'incertitude des chances en vue desquelles ce contrat a été combiné; il devance par un fait criminel l'événement final qui devait être l'ouvrage du temps, et rend sa condition meilleure aux dépens de sa victime.

354. Et comme, dans les deux espèces auxquelles je fais allusion, la rente viagère avait été créée pour vente d'immeubles, les arrêts ordonnèrent que les biens rentreraient francs et quittes de toutes charges et hypothèques dans les mains des héritiers du créancier.

355. On décida également (et c'est la conséquence de la doctrine que nous avons enseignée ci-dessus [2]) que les arrérages dus jusqu'au jour du crime seraient intégralement servis sans diminution. En effet, il ne faut pas se laisser persuader que l'effet rétroactif efface radicalement tout le passé. Il y a des droits acquis devant lesquels il doit s'incliner, et rien ne serait plus fatal que de faire disparaître, sans distinction, tous les actes et faits consommés de bonne foi *pendente conditione*.

356. J'ajoute une observation que me suggère le second de ces arrêts, celui de la cour royale d'Amiens. Au nombre des contrats passés entre l'homicide et sa victime, il y avait un acte par lequel le second avait vendu au premier, moyennant une rente viagère de 120 fr., un usufruit établi sur un immeuble dont celui-ci était nu propriétaire. Ce cas singulier compliquait la résolution du contrat de circonstances embarrassantes, Car comment faire rentrer aux mains des héritiers du crédirentier un usufruit que la mort de l'usufruitier venait d'éteindre? On s'avisa d'un tempérament équitable, et on fixa à une rente de 120 fr. payable pendant trente ans la valeur de cet usufruit.

357. Si le crédirentier dispose de sa vie par un suicide, la rente est légalement éteinte. Quoiqu'il ait anticipé sur le cours de la nature, et hâté un événement qui dépendait de Dieu, ce fait ne saurait porter préjudice au débiteur. C'est à son égard une force majeure, qui doit produire les mêmes effets que la mort naturelle.

358. Occupons-nous maintenant de la mort civile. Ce point est l'objet principal de l'art. 1982.

La mort civile est une imitation de la mort naturelle; mais cette imitation est imparfaite, et l'on aurait tort d'assimiler entièrement l'une à l'autre. Dans les contrats en général, quand on parle de la vie et de la mort, ces expressions s'entendent de la vie et de la mort naturelle [3]. La mort civile n'est donc pas l'événement critique qui met fin au contrat de rente viagère. Les parties ont réglé leurs prévisions sur la vie naturelle; la mort civile est un incident qui ne saurait influer sur l'existence de ce contrat [4].

359. Il est vrai que l'usufruit s'éteint par la mort civile [5]. Mais ce point de droit ne peut être étendu à la rente viagère; car, pour en fixer le taux, les parties n'ont fait entrer en ligne de compte que les chances de la mort naturelle, et elles n'ont pas eu la pensée odieuse de la mort civile. Auraient-elles traité dans la prévision d'un crime possible?

360. Mais puisque la mort civile ne porte pas atteinte à la rente viagère, on se demande, avec Delvincourt, qui la touchera, lorsque le créancier est frappé de cette peine [6].

Comme lui nous répondons : Si la rente est purement alimentaire, le mort civil en pourra profiter; sinon, elle passera à ses héritiers [7].

ce fait dans la *Biographie universelle*. — Voici ce que dit Surdus : « Audivi enim a majoribus Joannem Picum, qui, ob egregias animi dotes, Phœnici cognomen meruerat, talis pacto, magno pecuniarum data quantitate, alimenta stipulatum a divite quodam Florentino, veneno absumpti; quod is moræ impatiens naturalis mortis, diem expectare non posset. »

[1] Poitiers, 13 nivôse an 10. (Dalloz, *Rente*, p. 419.) — Amiens, 19 septembre 1840. (Devill., 43, 2, 2.)

[2] Nos 300 et 306.

[3] Delvincourt, t. 8, p. 376, no 4.

[4] Pothier, no 236.

[5] Art. 617, Code civ.

[6] *Loc. cit.*

[7] *Junge* art. 25, Code civ. — Proudhon, *Usufruit*, t. 4, no 1972. — Zachariæ, t. 3, p. 85, note 2.

ARTICLE 1983.

Le propriétaire d'une rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence, ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée.

SOMMAIRE.

361. Le rentier doit justifier de l'existence de la tête sur laquelle la rente est constituée.
362. Preuves ordinaires en cette matière. Mais il n'y a rien de sacramentel.
363. De la preuve à fournir par les rentiers viagers de l'État. Des certificats de vie donnés par les notaires certificateurs.
364. On a jugé que leurs certificats sont sans valeur quand il s'agit d'une rente entre particuliers.

COMMENTAIRE.

361. Le créancier doit justifier des conditions qui lui donnent droit à recevoir son payement. Or, puisque la rente viagère n'est due que tant que dure la vie de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, il s'ensuit que le débiteur n'est tenu de la payer qu'autant qu'il y a preuve que cette personne existe encore.

362. Le mode de cette preuve n'est pas déterminé par la loi [1], et son appréciation est abandonnée à la prudence des juges [2]: ordinairement, c'est par un certificat de vie que l'existence est établie. D'après l'art. 11 de la loi du 6-27 mars 1791, les certificats de vie sont délivrés par les présidents des tribunaux de première instance, ou par les maires des chefs-lieux d'arrondissement pour les personnes qui y sont domiciliées [3]. Mais cette loi ne prononce pas la peine de nullité contre les actes qui ne sont pas conformes à cette règle [4]. Ainsi, rien n'empêcherait de faire constater l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, par un acte reçu par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins [5].

363. A l'égard des attestations à produire par les rentiers viagers de l'État, les décrets des 11 et 25 septembre 1806 ont établi des notaires certificateurs exclusivement chargés de la délivrance des certificats de vie.

364. Mais (il faut bien y faire attention) le pouvoir de ces notaires certificateurs ne s'étend qu'aux justifications à faire par les créanciers viagers de l'État, et l'on a jugé que leurs certificats sont sans valeur quand il s'agit d'attester entre particuliers l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée [6]; car, dans ce dernier cas, l'acte du notaire doit, pour faire foi, être revêtu des formalités voulues par la loi régulatrice de la forme des actes notariés. — Ceci est peut-être judaïque; c'est pousser la sévérité bien loin, et établir entre les créanciers de l'État et les créanciers des particuliers une différence difficile à expliquer. Dans une matière où aucune preuve spécifique n'est exigée par le Code civil, pourquoi ne pas prendre en considération le certificat de vie d'un notaire certificateur? Est-ce que ce n'est pas là un témoignage digne de foi? Mais puisque des doutes ont existé et que des difficultés ont été suscitées, j'ai dû les signaler pour que les parties agissent avec les précautions nécessaires pour les éviter.

[1] Paris, 17 janvier 1840. (Devill., 40, 2, 53.)
[2] Cass., 18 juin 1817. (Sirey, 17, 2, 288; Dalloz, vo *Saisie*, p. 153.)—Cass., 19 novembre 1817. (Sirey, 18, 1, 85; Dalloz, *Rente*, p. 424.—Paris, même arrêt.
[3] Arrêt précité du 19 novembre 1817.
[4] *Id.* du 18 juin 1817.
[5] *Id.* du 19 novembre 1817.
[6] *Id.*

FIN.

TABLE SOMMAIRE

DES MATIÈRES.

Préface. . . . . Pag. v

DU PRÊT.

Diverses espèces de prêt; principes généraux sur la matière. 1
Chap. Ier. *Du prêt à usage ou commodat.* 7
§ De la nature du prêt à usage. . . . . . . ib.
§ Des engagements de l'emprunteur à usage. 17
§ Des engagements du prêteur à usage. . . 43
Chap. II. *Du prêt de consommation ou simple prêt.* 49
§ De la nature de ce prêt. . . . . ib.
§ Des obligations du prêteur. 68
§ Des obligations de l'emprunteur. 72
Chap. III. *Du prêt à intérêt.* 84
§ De la légitimité du prêt à intérêt. . . . ib.
§ Du taux de l'intérêt et de l'usure. . . . 99
§ De la constitution de rente perpétuelle sur les particuliers et sur l'État. 121

DU DÉPOT.

Chap. Ier. *Du dépôt en général et de ses diverses espèces.* 157
Chap. II. *Du dépôt proprement dit.* 160
§ 1. De l'essence et de la nature du dépôt. . ib.
§ 2. Du dépôt volontaire. . . . . Pag. 166
§ 3. Des obligations du dépositaire. . . . 173
§ 4. Des obligations du déposant. 210
§ 5. Du dépôt nécessaire. 212
Chap. III. *Du séquestre.*
§ 1. Diverses espèces de séquestre. 223
§ 2. Séquestre conventionnel. 224
§ 3. Séquestre et dépôt judiciaire. 230

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

Notions générales. 237
Chap. Ier. § Du jeu et du pari. 241
§ Des paris ou marchés dits marchés à terme sur les effets publics. 253
§ Des paris ou marchés dits à terme sur les marchandises. 274
§ Des paris sur la vie et de leur différence avec les assurances sur la vie. . . . . . ib.
§ Du payement des dettes de jeu et de pari. . 278
Chap. II. *De la rente viagère.* 288
§ 1. Des conditions requises pour la validité du contrat. . . . . ib.
§ 2. Des effets du contrat entre les parties contractantes. 314

FIN DE LA TABLE.

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

N. B. *Le chiffre se réfère à l'ordre des numéros.*

Le (D.) *qui précède certains numéros signifie que ces numéros appartiennent au titre* du Dépôt.

A

Abus de confiance dans le dépôt (D.), 104, 106 et suiv. Il met en demeure de plein droit (D.), 104.

Abus de confiance dans la chose prêtée à usure, 91. Conséquences et responsabilité, 91. Cet abus de confiance donne-t-il lieu à des poursuites correctionnelles? 91. Variations de la jurisprudence à cet égard; arrêt qui la fixe, 91.

Acte sous seing privé. Date du contrat de rente viagère sous seing privé à l'égard des héritiers et des tiers, 228 et 277.

Action commodati, 93.

Action. Action *depositi directa* (D.), 74. Peut-on stipuler que le déposant n'aura pas l'action *depositi* (D.)? 73.

Action *depositi contraria* (D.), 187, 192.

Action de jeu, 37, 47, 48. Pourquoi les jeux de hasard sont destitués d'action, 38.

Action en répétition de ce qui a été payé au jeu, 171 et suiv.

De l'action en répétition de ce qui a été payé au jeu *ob turpem causam*, 171 à 173.

Action pour usure, 397 et suiv. But, 397. Durée, 398, etc. Actes d'exécution, 403. Preuve, 405.

Action en résolution du contrat de rente constituée; ses causes, ses effets, son exercice, 471 et suiv.

Adresse. Jeux d'adresse, 30, 47 et suiv.

Alea. L'*alea* écarte l'usure des contrats, 394. Le prêt à la grosse est aléatoire, 393. La constitution de rente sur l'État présente des couleurs aléatoires, 443.

Alea, Aléatoire. Pourquoi les contrats aléatoires sont légitimes, 1, 2, 3. Sens du mot *alea*, 5. Le jeu est contrat aléatoire, 32. Même les jeux d'adresse, 30. La rente viagère est un contrat aléatoire, 207, 208, 211. La rente viagère sans *alea* perd ses principaux caractères, 211.

Anatocisme. Sa prohibition dans le droit ancien; à quelles conditions il est reçu par le Code civil, 396.

Antichrèse. N'est pas de sa nature un contrat usuraire, 389.

Argent. Cours de l'argent (il y en a de deux espèces, le cours légal et le cours commercial), 229, 230. Influence du cours légal sur les payements, 230. Danger des altérations des monnaies, 230 et suiv., 236. S'il est vrai que l'argent soit stérile de sa nature, comme l'a dit Aristote, 330, 332 et suiv. Influence de cette idée d'Aristote dans le moyen âge, 330, 332, et préface, *passim*.

Aristote. Célébrité de son opinion sur la stérilité de l'argent; influence de cette opinion sur le droit du moyen âge, 332. Son livre de la *Politique*, 332, 334. *Voyez* aussi préface.

Assurance. Origine et définition de ce contrat, 9. Assurances par gageures, 163. Des assurances sur la vie, 134. Ce sont des contrats d'indemnité, qu'il ne faut pas confondre avec des paris sur la vie, 134 et suiv. Le contrat d'assurance embrasse même les risques putatifs, 260, 261.

Aubergiste. Dans le dépôt d'hôtellerie, en quoi y a-t-il dépôt proprement dit, et en quoi y a-t-il louage (D.)? 14. Voy. *Hôtellerie* et *Dépôt d'hôtellerie*.

Avertissement. Le voyageur est-il obligé d'avertir l'hôtelier qu'il a sur lui des objets précieux (D.)? 219 et suiv.

Des avertissements donnés par les aubergistes aux voyageurs de consigner leurs effets précieux (D.), 240, 241.

B

Bienfaisance. Contrats de bienfaisance, 2. Leur origine, 1 et 2. Le prêt est contrat de bienfaisance, 3, 21, 200. Le prêt à intérêt n'est pas contrat de bienfaisance, 320 et suiv., 331.

Baigneurs publics, sont dépositaires nécessaires (D.), 229.

Bail à nourriture. Ses différences avec la rente viagère, 230.

Bienfaisance. Contrat de bienfaisance. Le dépôt est un de ces contrats (D.), 11.

Billards. Teneurs de billards, sont dépositaires nécessaires (D.), 229. Si le jeu de billard est jeu d'adresse, 57.

Billets. Des payements de dettes de jeu par le moyen de billets, 196.

Bonne foi, préside au dépôt, que Cujas appelle *sacer contractus* (D.), 5.

Bourses de commerce. Origine, 103. Jeux de bourse, 99 à 152.

C

Cachet. Preuve de propriété qui résulte du cachet qu'une personne a mis sur une chose (D.). 49.

Canonistes. Leur upinion sur la stérilité do l'argent, 332 et suiv. Ennemis du prêt à intérét, 332, 333, 334; prétendent qu'on ne peut vendre le temps, 338 *in fine* et préface, *passim*.
Canonistes. Relâchemeat d'une de leurs opinions (D.), 99.
Capacité. Persoaaes eapables de déposer (D.), 40, 51 et suiv. Capacité pour recevoir la ehose déposée, quand le mument de la restitution est orrivé (D.), 136 et suiv.
Cantionnement. Peut voiler l'usure, 391.
Cause. De la répétition de ce qui a été payé *ob turpem causam*, 171 à 173.
Certificats de vie pour constater l'existenee de la personne sur la tête de laquelle la rente est assise, 361 et suiv.
Cession. Les opérations d'escompte de billets renferment des cessions plutôt que des prêts, 370, 387.
Change. Différence entre le change et l'intérét, 369, 380, et l'escompte, 380.
Choses. Des choses qui peuvent être l'objet du dépôt (D.), 17. Chose d'autrui (D.), 40. Restitution de la chose déposée (D.), 110 et suiv. A qui. 136 et suiv. En quel lieu (D.). 165. En quel temps (D.). 171. Dans la rente viagère, quelle est la chose vendue? 216, 217. Chose fongible déposée; du dépôt irrégulier qui en résulte (D.), 114, 115. Vente do la chose déposée, faite de bonne foi par l'héritier du dépositaire (D.), 124. Fruits et intérêts de la chose déposée (D.), 131 et suiv. Dépôt de chose volée; à qui s'en fait la restitution (D.), 140. *Quid* de la chose perdue (D.)? 144. *Quid* de la chose divisible et indivisible (D.)? 153 et suiv.
Choses fongibles, 9. Ce sont celles-là qui font la matière du prêt de consommation, 9, 10, 170, 172. Peuvent être prêtées à intérêt, 325. On ne loue pas les choses fongibles, 326.
Chose prêtée à commodat, 14, 15, 16 et suiv., etc., 31 et suiv. Prêt de la chose d'autrui, 38, et de la chose volée, 39.
Usage de lo chose, 96. Voy. *Usage*.
Estimation de la chose prêtée, influence de cette estimation, 119, 120 et suiv.
Détérioration de la chose prêtée à commodat sans faute de l'emprunteur, 123.
Chose prêtée à mutuum, 170, 172. *Mutuum* de la chose d'autrui, 187.
Commerce. Intérêt légal de l'argent dans le commerce, 362. Sens de ces mots : *Prêt de commerce*, 362.
Commerce. Les spéculations aléatoires y sont très-fréquentes, 4.
Commise du débiteur de la rente constituée, ses causes, ses effets, 471 et suiv.
Commission. Le droit de commission perçu par un banquier pour négociation d'effets est distinct de l'intérêt, 382 et suiv.
Commodat, ou *prêt à usage*, 12. Définition, 13, 14 et suiv., 37. Exemples, 177. Différence entre le commodat et le prêt de consommation, 177. N'est parfait que par la tradition, 14. Effets du commodat, 15. Nature et portée de l'usage qu'il confère au commodataire, 17. Différence entre le commodat et d'autres contrats, tels que *dépôt*, *gage*, *donation*, *usufruit*, 20, 24 et suiv. Il renferme une libéralité, 22; mais il contient aussi l'obligation de rendre, 23.
Conditions relatives à la chose prêtée, 34 et suiv.
Le commodot est transmissible, 43. Limitation, 43, 44 et suiv.
Engagement de l'emprunteur. Voy. *Emprunteur*.
Preuve du commodat, 38.
Faute dans le commodat, 71.
Commodat dans l'intérêt du prêteur, 3, 81.
Engagement du prêteur à commodat, 141 et suiv. Le prix introduit dans le commodat en fait un louage, 325.
Commodataire. Voy. *Emprunteur*.
Communauté conjugale. La rente viagère apportée par un époux tombe dans la communauté conjugale, 225. De la rente viagère acquise avec les deniers de la communauté, sans diminution pour le survivant; renferme-t-elle une donation? 233.
Compensation dans le dépôt volontaire (D.), 197.
Compensation. De la compensation dans le commodat, 127.
Condictio. Action contre l'emprunteur à consommation, 263.
Condition. Une rente soumise à condition copulative de deux décès ne peut s'éteindre pour partie quand il n'y a qu'un décès, 243.
Consentement dans le dépôt volontaire et nécessaire (D.), 33, 30.
Consentement. Ne suffit pas pour la perfection du *commodat*, il y faut la tradition, 6, 14; et pour le *mutuum* aussi, 183, 193. Du consentement dans le *mutuum*, 195.
Consignation. Est-elle nécessaire dans les dépôts d'hôtellerie (D.)? 218, 219 et suiv.
Consommation. Choses qui se consomment par l'usage, 9, 10, 170. Deux espèces de consommation, 174.
Consommation. *Prêt de consommation*, 170 et suivant. *Voy.* ces mots. Effets de la consommation de la chose prêtée à un incapable, 203.
Contrainte par corps contre le dépositaire infidèle (D.), 181.
Contrat. Règle de Bartole pour discerner les divers contrats (D.), 23.
Contrat aléatoire. Légitimité des contrats aléatoires, 1, 2, 3 et suiv. Principes et généralités, 3, 6. Diverses espèces de contrats aléatoires, 7. Plusieurs ont un nom spécifique, 7 et suiv. D'autres n'en ont pas, 17 et suiv. Voy. *Jeu*, *Pari*, *Alea*, *Rente viagère*.
Contrat aléatoire, 394, 393.
Contrats. Des contrats intéressés et de bienfaisance, 1, 2, 3.
Contrats *consensuels* et *réels*. Le prêt *est* un contrat réel, 6. Idée des contrats réels d'après le droit romain et le droit français, 6, 183, 193.
Division des contrats chez les Romains, 6. Reproches faits à leur classification, 6.
Contrats synallagmatiques et unilatéraux, 7, 198, 246.
Contrat de bienfaisance. Le dépôt est un de ces contrats (D.), 11.
Contrat pignoratif. Cache l'usure, 391.
Contrat reel. Le dépôt est contrat réel (D.), 8, 21. *Quid* de la rente viagère? 220.
Contrat unilateral. Le dépôt est unilatéral (D.), 7. *Quid* de la rente viagère? 223.
Crédit. Différence entre le prêt et le crédit ouvert, 218. Solidité de notre crédit public et avantages de nos rentes sur le grand-livre, 420.

D

Decès. Lorsqu'une rente viagère est constituée sur deux têtes, le décès de l'une d'elles ne diminue pas la rente, 245.
Du décès dans les vingt jours de la personne sur la tête de laquelle la rente viagère est assise, 262. Constatation du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, 361. Voy. *Mort*.
Demeure. Mise en demeure de plein droit par le vol et l'abus de confiance (D.), 104. Effets de la mise en demeure (D.), 134.
Denrées. Intérêt dans le prêt de denrées, 361. Stipulation d'intérêts en denrées pour cacher l'usure, 393.
Depenses. Des dépenses faites ou à faire par le commodateur pour user de lo chose, 133 et suiv.
Dépenses à la charge du commodant, 137.
Dépenses. Celles que le dépositaire a faites doivent lui être remboursées (D.), 188.

Déposant. Obligation du déposant (D.), 187. Est incidente et n'engendre qu'une action contraire (D.), 187, 192 et suiv.

Dépositaire. Autorité de sa déclaration (D.), 45. Obligation du dépositaire (D.), 63 et suiv. Voy. *Faute, Garde.* Action contre lui (D.), 74. Peut-on stipuler que le déposant n'aura pas l'action *depositi* (D.)? 73. Quand est tenu de la force majeure, 89, 90, 91. Ne peut se servir de la chose déposée, 97 et suiv. Exceptions (D.), 100 et suiv. Doit-il l'intérêt de plein droit des sommes dont il s'est servi sans permission (D.)? 104. Doit garder le secret du dépôt (D.), 108 et suiv. Doit rendre la chose déposée (D.), 110. À qui (D.), 136 et suiv. En quel lieu (D.), 163. En quel temps (D.), 171.

Dépositaire *infidèle* (D.), 179. Action du dépositaire contre le déposant (D.), 192 et suiv.

Responsabilité du dépositaire nécessaire (D.), 207.

Dépôt. Comparaison du dépôt avec d'autres contrats (D.), 1. Avec le prêt (D.), 27 et 28. Avec le mandat (D.), 26, 29 et suiv.

Utilité du dépôt (D.), 2. Définition (D.), 6. La bonne foi y préside (D.), 3. Cujas l'appelle *sacer contractus* (D.), 3.

Est contrat réel et unilatéral (D.), 5, 6, 21. Étymologie du mot *dépôt* (D.), 8.

Deux espèces de dépôt, *dépôt proprement dit* et *séquestre* (D.), 9. Quant au second, voy. *Sequestre.* Le premier est gratuit (D.), 11. Il est contrat de bienfaisance (D.), 11. Le prix en fait un louage ou un dépôt impropre (D.), 13, 80. En quoi diffère du séquestre (D.), 251. Choses qui peuvent être l'objet du dépôt (D.), 17, 40. La tradition est capitale dans le dépôt (D.), 21. Conditions dont elle doit être accompagnée (D.), 24. Sans les conditions il n'y a pas de dépôt véritable (D.), 24 et 25. Tous les contrats où il y a garde d'une chose ne sont pas des dépôts (D.), 24, 25.

Caractère de la détention de la chose par le dépositaire (D.), 32.

Dépôt *volontaire* (D.), 34. *Quid?* 35. Il y a trois nuances et trois degrés dans la preuve du dépôt volontaire (D.), 41 et suiv. Le dépôt volontaire (D.), 77 et suiv. De l'action *directa depositi* (D.), 74. Et de l'action *contraire* (D.), 187, 192. Secret du dépôt (D.), 108 et suiv. Restitution de la chose déposée (D.), 110 et 136.

Dépôt. Différence avec le commodat, 20.

Dépôt d'hôtellerie, n'est dépôt nécessaire que par assimilation (D.), 200. Voy. *Dépôt nécessaire.* Comment il se forme (D.), 213. Sa preuve (D.), 214, 215, 216. Son étendue (D.), 217, 218. A lieu même sans consignation (D.), 218 et suiv. Ne faut-il pas un avertissement pour certains effets précieux (D.)? 219. La responsabilité s'étend dans les lieux placés sous la surveillance de l'hôtelier, 227. Quelles personnes sont assimilées aux hôteliers (D.), 228 et suiv.

Voy. *Hôtelier, Voyageur.*

Dépôt judiciaire. Quid (D.)? 273.

Dépôt irrégulier (D.), 53, 82, 91, 93, 102. Son caractère particulier; son grand usage dans le commerce (D.), 115.

Dépôt nécessaire (D.), 34. Son origine (D.), 199. De la dénomination de *depositum miserabile* (D.), 200. V. *Dépôt d'hôtellerie.* N'est pas sujet à la preuve écrite (D.), 203. Exemples de dépôt nécessaire (D.), 204.

Détention de la chose par le dépositaire. Son caractère (D.), 32.

Détérioration de la chose déposée (D.), 120.

Détérioration de la chose prêtée à usage, 123.

Détournement de la chose prêtée à usage, est-il un délit correctionnel? 91.

Dettes de jeu, 43, 39 et suiv. Sont-elles de droit naturel? 177 et suiv.

Dette publique. Grand-livre de la dette publique, 442. Rentes dues par l'État, 420, 442. Remboursement, 420 et 442.

Différences. Paris sur les *différences,* 148, 149.

Dol. Du dol dans le commodat, 70.

Domestiques. L'hôtelier répond de ses domestiques (D.), 230, 236, 237.

Dommages et intérêts dus au prêteur pour défaut de remboursement au terme convenu, 300.

Don. Rente de dons et legs, 427 et suiv., 486, 494, 498.

Donation. Différence avec le commodat, 21, 24. Donation employée pour faire l'usure, 367.

Donation. Rente viagère par donation, 231. Y a-t-il donation dans la rente viagère acquise des deniers de la communauté avec stipulation de non-diminution au profit du survivant, 233.

Droit des gens. Le dépôt appartient au droit des gens (D.), 4.

Droit naturel. Si le jeu est un contrat de droit naturel, 33, 34 et suiv. Si les dettes de jeu sont de droit naturel, 177 et suie.

Droit naturel. Si le prêt à intérêt est de droit naturel, 311 et suiv.

E

Échange employé pour faire l'usure, 392.

Effets. Sens du mot *effets* dans le dépôt d'hôtellerie (D.), 222.

Effet rétroactif de la résolution des contrats. Ne doit pas être entendue d'une manière trop radicale, 298 et suiv. 316 et suiv.

Emprunteur. Des personnes capables d'emprunter à commodat, 49. Effets de l'incapacité de l'emprunteur, 53, 54 et suiv. Étendue de l'engagement de l'emprunteur, 69. Soins d'un bon père de famille, 69. Du dol, 70. De la faute, 71. Ne peut détourner la chose prêtée et la vendre, 90. Le détournement de la chose prêtée à usage est-il un délit? 91. Comment il doit user de la chose prêtée à usage, 97. Doit la restituer, 103. Des cas où le commodataire doit le sacrifice de sa chose pour sauver celle du commodant, 113, 114 et suiv. Des impenses et dépenses faites ou à faire par le commodataire, 133.

Du cas où il a plusieurs commodataires, et de l'action contre eux, 139.

L'emprunteur est le seul qui contracte dans le commodat des engagements directs et principaux, 141.

Des personnes capables d'emprunter par le *mutuum,* 209.

Engagements de l'emprunteur à consommation, 263 et suiv.

Enjeux, 201, 202. De la reprise de l'enjeu par le perdant, 201. Du cas où l'enjeu a été mis dans les mains d'un tiers, 202. Et où ce tiers le remet au perdant au lieu de le remettre au gagnant, 202.

Erreur. De l'erreur dans le dépôt (D.), 38.

Escompte. Différence entre l'escompte et l'intérêt, 370.

Estimation. Influence de l'estimation de la chose dans le commodat, 119 et suiv. Temps et lieu d'après lesquels il faut faire l'estimation de la chose prêtée, que l'emprunteur ne peut rendre, 283 et suiv.

F

Faculté de rachat. Est de droit dans la rente constituée, 434, 433 et suiv. Son exercice, 462 et suiv.

Faute. De la faute dans le commodat, 71.

Faute. De la faute dont le dépositaire est tenu (D.), 63 et suiv., 77 et suiv., et 98. De la faute dans le dépôt nécessaire (D.), 207. Et dans le dépôt d'hôtellerie, 218 et suiv., et 232. Faute du voyageur dans le dépôt d'hôtellerie (D.), 238.

Fidéicommis. Danger des dépôts pour voiler des fidéicommis (D.), 130 et suiv.
Fœnus. C'était le nom du prêt à intérêt chez les Romains, 306 et suiv.
Force majeure dans le commodat, 112, 113. Et dans le *mutuum*, 266.
Force majeure. Le dépositaire n'en est pas tenu (D.), 87 et suiv., 122. Exceptions, 89, 90, 91. De la force majeure dans le dépôt irrégulier, 91. De la force majeure dans le cas où le dépôt est fait dans l'intérêt du dépositaire (D.), 92. Force majeure dans le dépôt d'hôtellerie (D.), 233. Quand y a-t-il force majeure (D.), 233, 234, 235.
Fruits de la chose déposée (D.), 131 et suiv. Les annuités de la rente viagère sont des fruits, 213.

G

Gage. Différence avec le commodat, 20.
Gage. Enjeux, 200 et suiv.
Gageure. Voy. *Pari*.
Garde. Le dépositaire en est chargé (D.), 6. Mais tous les contrats dans lesquels une personne peut avoir la garde d'une chose ne sont pas pour cela nécessairement des dépôts (D.), 24, 25, 26, 27, 28. De la vigilance que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose (D.), 63.
Gardien. Dans les saisies de meubles (D.), 277 et suiv., 281 et suiv. Son caractère considéré dans ses rapports avec le dépôt (D.), 277 et suiv.
Grand-livre de la dette publique. Son origine, 442
Gratuité du commodat, 191. Et du *mutuum*. 191. Il n'y a pas de gratuité dans le prêt à intérêt, 331.
Gratuité du dépôt (D.), 11 à 15. Un prix le transforme en louage (D.), 11 à 15. De la gratuité dans le séquestre (D.), 260.
Grossesse. N'est pas une maladie, 274.

H

Hasard. Jeux de hasard, 35 et suiv.
Hébreux. Leurs idées sur le prêt à intérêt, 311, Préface, p. 7.
Héritiers du déposant. Dans quel cas la chose doit leur être rendue, alors même que le déposant aurait désigné une autre personne (D.), 146 et suiv. Et comment se fait la restitution du dépôt entre leurs mains (D.), 155 et suiv. Héritiers vendant de bonne foi la chose déposée entre les mains de leur auteur (D.), 124. Foi de l'acte sous seing privé à leur égard, 228, 277.
Héritiers. Transmissibilité du commodat aux héritiers, 43 et 44. Et du précaire, 46.
Hôtelier, *Hôtellerie*. Dépôt d'hôtellerie. Dans quel cas y a-t-il louage mêlé à ce contrat (D.)? 14, 211. L'hôtelier est dépositaire nécessaire (D.), 200, 209. Hôtellerie, doit être un lieu sûr à toute heure (D.), 219. Le voyageur doit-il l'avertir qu'il a avec lui des objets précieux (D.), 219. L'hôtelier répond de ses domestiques (D.), 231, 232, 236. Des vols dont il est ou n'est pas responsable. Vols à force armée. *Quid* des vols avec effraction (D.)? 234, 235. L'hôtelier est déchargé s'il y a faute du voyageur (D.), 238.

I

Immeubles. Le dépôt ne peut pas porter sur des immeubles (D.), 17. Mais le séquestre peut les avoir pour objet (D.), 254. Les payements en immeubles des dettes de jeu sont-ils sujets à répétition? 193.
Impenses faites par le dépositaire, doivent lui être remboursées (D.), 188, 189.
Impenses. Des impenses faites par le commodataire ou à sa charge, 155. Des impenses à la charge du commodant, 157.
Incapables. Personnes incapables d'emprunter à commodat, 49 et suiv. Effets de l'incapacité d'emprunter, 50. *Mutuum* fait par un incapable, 188, 202. Prêt à usage fait à des incapables, 209.
Incapables. Personnes incapables de participer à un contrat de dépôt (D.), 51 à 61. Effets de l'incapacité, 51 à 61.
Incessibilité de la rente viagère. Dans quel cas, 337 et suiv.
Infidélité dans le dépôt. Dépositaire infidèle. Sens de cette expression (D.), 177.
Insaisissabilité de la rente viagère. Dans quels cas, 331 et suiv.
Intérêt. Considéré comme mobile des actions humaines, 1. Est distinct de la sympathie, autre mobile qu'il ne faut pas supprimer, 1. Les jurisconsultes tiennent compte de l'intérêt pour fixer le degré de responsabilité des parties dans un contrat, 3.
Intérêt (prêt à intérêt). L'intérêt chez les Romains portait le nom d'usure, 308. L'intérêt est un fruit ; il est aussi un prix, 309. Mais non pas un loyer, 309, 320, 321. Légitimité de l'intérêt, quoique défendu chez les Hébreux et dans le moyen âge, 311 et suiv. Opinion des théologiens et des anciens philosophes sur l'intérêt de l'argent, 320. L'intérêt est le prix du droit d'abuser concédé à l'emprunteur, 327.
Taux de l'intérêt, 346. Est fixé par le législateur, 346 et suiv. Pourquoi le Code civ. ne l'a pas fixé, 348 et 362. Loi de 1807 sur le taux de l'intérêt, 356. Est d'ordre public, 359. Du conflit de la loi étrangère et de la loi française sur le taux de l'intérêt, 359. Le taux de l'intérêt s'applique aux rentes constituées *en perpétuel*, 361. Intérêt du prêt de denrées, *361*. *Taux de* l'intérêt dans le commerce, 362. Des usures palliées, 363. *Mohatra*, 364. Société déguisée ou pervertie, 366. Donation employée pour faire l'usure, 367. Différence entre le change, l'escompte, la commission et l'intérêt, 369 et suiv. Cession, vente à réméré, antichrèse, cautionnement, échange employés pour voiler l'usure, 387, 388 et suiv.
Prêts aléatoires ; ne sont pas sujets au taux de 5 p. %, 394. Prêt à la grosse, 395.
Intérêt des intérêts, 396. Peines civiles pour l'excès dans les intérêts, 397. Restitution, 397.
Historique du prêt à intérêt, Préface.
Voy. *Usure*, *Prêt à intérêt*.
Intérêts dus au prêteur à titre de dommage pour retard dans le remboursement, 300 et suiv.
Intérêts. Le dépositaire qui s'est servi des sommes prêtées en doit-il l'intérêt de plein droit (D.)? 104. Intérêts de la somme déposée, quand sont dus (D.), 133, 134, 135.

J

Jeu. Du jeu comme amusement, 27. Du jeu comme convention, 27, 28. Définition, 29. Jeu désintéressé et jeu intéressé, 31. Jeu d'adresse, 30 et 47. Et de hasard, 35. Si le jeu en lui-même est licite, 33 et suiv. La loi accorde action pour les jeux d'adresse, 47. Condition de la validité du contrat de jeu d'adresse, 53. Point d'action en justice pour les jeux qui ne sont pas d'adresse, 57. Caractère de ces jeux, 58. Détail des jeux qui ne sont pas jeux d'adresse, 57. Des obligations contractées pour dettes de jeu, 59, 60, 61 et suiv. Des contrats faits *occasione ludi*, etc. Non pas entre joueurs, 66. Du mandat pour jouer, 73. Jeux de bourse, 99 à 132. Les dettes de jeu obligent-elles naturellement? 177 et suiv. Du payement des dettes de jeu en immeubles, 193, 194. En transports, 195. En billets, 196. Des enjeux, 201. De l'enjeu mis dans les mains d'un tiers, 202.

Jour. Le jour du décès du crédirentier doit-il être compté dans le règlement des pensions courantes de la rente viagère? 335, 336. Quand la rente est payable d'avance au 1er janvier et au 1er juillet, les héritiers du rentier n'ont droit au quartier qu'autant que leur auteur a vécu tout le jour du 1er janvier ou du 1er juillet, 336.

L

Lamoignon, scrupuleux observateur du secret du dépôt (D.), 109.
Legs d'une rente viagère. Principes, 231.
Legs. Rente de don et legs, 427, 486, 494, 498.
Lieu de la restitution de la chose prêtée, 275, 297. Du lieu qui doit être pris en considération pour l'estimation d'une chose, 283.
Lieu où doit se faire la restitution du dépôt (D.), 163.
Louage. Différence, en principe, du louage et du commodat, 27. Autre différence en ce qui concerne la restitution de la chose, 154. Y a-t-il louage dans le prêt à intérêt? 309, 320, 321 et suiv. On ne loue pas les choses fongibles, 326. Confusion, dans le langage du monde, entre le louage et le prêt à intérêt, dans lequel on voit un loyer des capitaux, 327.
Louage. Le dépôt devient louage s'il y a un prix (D.), 11, 12, 80.

M

Maladie de la personne sur la vie de laquelle la rente viagère est constituée, 262 et suiv. La grossesse n'est pas une maladie, 274.
Mandant, Mandataire. Le premier répond du second, 110. Exception que les jurisconsultes ont faite à cette règle dans un cas de commodat. Valeur de cette exception, 111.
Mandat. Le mandat ne doit pas être confondu avec le dépôt, alors même qu'il comprend la garde de quelque chose (D.), 26, 29. Du mandat pour jouer et de ses conséquences, 73.
Marchés fictifs, sont la forme des paris sur les marchandises et les effets publics, 99 à 132.
Marchés à terme. Historique. Lois. Jurisprudence, 99 à 132.
Meubles. Le dépôt ne peut avoir lieu que pour meubles (D.), 17. Mais le séquestre peut comprendre des immeubles (D.), 254. La rente viagère est meuble, 224.
Mineur. Du cas où il est *doli capax* (D.), 38.
Mise en demeure opérée par le vol et l'abus de confiance (D.), 104.
Mohatra. Définition de ce contrat célèbre dans la matière des usures, 364.
Monnaie. Variation dans le cours des monnaies; leur influence sur le payement de la somme que l'on doit, 230. Danger de l'altération des monnaies, 230, 236.
Mort. Mort naturelle de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, 349. *Mort violente*, par le fait du débiteur. Ses effets, 352. *Mort civile*, 358. Preuves de la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente viagère est assise, 361 et suiv.
Mutuum. Origine de ce mot, 9, 181. Voy. *Prêt de consommation*. Définition, 181.

N

Nullité. Effets de la nullité d'un dépôt fait par un incapable (D.), 51 à 61. Nullité de la rente viagère créée sur la tête d'une personne morte ou décédée, dans les vingt jours du contrat, de la maladie dont elle était atteinte lors de la constitution, 258 et suiv.

O

Obligation. Absence de droit, sans obligation, 234.
Obligations pour dettes de jeu, 59 et suiv. Y a-t-il une obligation naturelle dans les dettes de jeu? 177 et suiv.
Opérations de bourse. Voy. *Marchés à terme*.

P

Pari, Gageure. Définition et exemples, 79 et suiv. Diverses espèces de paris, 82 et suiv. Opinion de l'ancien droit sur les paris, 85 et suiv. Sentiment du Code civil, 93. Les cas où le jeu est permis sont les mêmes que ceux où les paris le sont, 96.
Des paris sur les fonds publics, 97 et suiv. On les appelle à tort marchés à terme, 98. Il faut les appeler marchés fictifs, 98. Historique et jurisprudence à cet égard, 99 à 132.
Le report n'est pas un pari, 150.
Des paris sur la vie. Leur différence avec les assurances sur la vie, 133, 134 et suiv.
Y a-t-il une obligation naturelle dans les dettes de pari? 177 et suiv.
Des payements des dettes de pari, 171 et suiv.
Des enjeux, 200 et suiv. Difficultés lorsque l'enjeu n'a pas été donné au gagnant, 201 et suiv.
Si la rente viagère renferme un pari, 209 et suiv.
Payement. Des payements pour dettes de jeu. Il n'y a pas lieu à répétition, 171 et suiv., 192 et suiv. Payements en immeubles, 193, 194. En transports, 193. En billets, 196.
Payement en monnaie. Influence des variations de monnaies, 228 et suiv.
Payement de la somme prêtée, 271.
Payement des arrérages des rentes constituées, 449 et suiv.
Pensions. Règlement des pensions courantes au moment où finit la rente viagère, 328 et suiv.
Perte de la chose prêtée à commodat; conséquence pour l'emprunteur, 86, 87 et suiv.; de la perte occasionnée par vol, incendie, etc., etc. Elle peut n'être pas exempte de faute, 87. Moyen de justification de l'emprunteur, 87.
De la perte de la chose dans le *mutuum*, 266.
Perte de la chose après la mise en demeure (D.), 107.
Précaire. Comparaison du précaire et du commodat, 28. Est-il transmissible aux héritiers, 46.
Restitution de la chose dans le précaire, 135.
Prescription de l'action pour fait d'usure, 398. Imprescriptibilité de la faculté de rachat dans la rente constituée, 441. Limitation, 441.
Présomption de payement des intérêts, p. 414.
Prêt. Différence du dépôt et du prêt (D.), 27. Rapports du prêt et du dépôt irrégulier (D.). 116. Et du report, 150. Et de la rente viagère, 207, 208.
Prêt en général. Il est contrat de bienfaisance, 3. Est gratuit, tantôt par essence, tantôt par nature, 4. Est du droit des gens, 5. Est parfait par la chose, 6. N'est pas bilatéral proprement dit, 7.
Division du prêt en prêt à usure ou *commodat*, et prêt de consommation, 8 et 9.
Voyez *Commodat* pour ce qui concerne la première branche de cette division, et, pour la seconde branche, voy. *Mutuum, Fœnus, Prêt de consommation, Intérêt* et *Prêt à intérêt*.
Prêt de commerce, 362.
Prêt à la grosse. Origine et définition de ce contrat, 13.
Prêt de consommation. Il porte sur les choses qui se consomment par l'usage, 170. Différence avec le commodat, 177. On l'appelle *mutuum*, 9, 181. Définition, 182 et suiv. La tradition est de son essence, 183, 185. Il

transmet la propriété de la chose prêtée, 186. *Mutuum* de la chose d'autrui, 187. Le *mutuum* est gratuit par sa nature, 191. Mais non pas par son essence. Quand on y introduit un prix, il change de nature et devient un autre contrat, appelé *prêt à intérêt*, 325.

Prêt à intérêt, 303 et suiv. Historique, Préface et nº 311. Les Romains appelaient l'intérêt *usura*, 306 et 307. Nature de l'intérêt, 309, 320 et suiv. L'intérêt est un prix et aussi un fruit, 309. Légitimité du prêt à intérêt par le droit naturel, 310 et suiv. L'intérêt est le prix du droit d'abuser conféré à l'emprunteur, 327. Différence entre le prêt à intérêt et une cession de billets, 387. Formes du prêt à intérêt, 408. Rapports du prêt à intérêt avec la constitution de rente, 422. Différences, 429 et suiv. Clauses d'où résulte plutôt un prêt qu'une constitution de rente, 431, 432. Le prêt à intérêt se rapproche de la vente, 422. Le prêt à intérêt peut se masquer sous divers contrats, cession de billets, 387. Vente à réméré, 388. Antichrèse, 389 Contrat pignoratif, 390. Cautionnement, 391. Échange, 392. Donation, 367. Société, 365. Vente, 364. Des prêts *aléatoires*, 394, 393, 445.

Prêteur. Engagement du prêteur à commodat, 141 et suiv., et 163 et suiv. Capacité du prêteur à consommation, 201 et suiv. Ses obligations, 244.

Preuve. Preuve du contrat de commodat, 58. De la preuve testimoniale en cette matière, 58, 59 et suiv. Preuve de l'usure, 405. Preuve du prêt à intérêt, 408.

Preuve du dépôt volontaire (D.), 41 et suiv. Du dépôt nécessaire (D.), 205. Et du dépôt d'hôtellerie (D.), 214, 215, 216.

Privilége accordé au dépositaire pour être payé par préférence des frais de conservation de la chose (D.), 195.

Prix. L'addition d'un prix au dépôt en fait un louage; il n'est plus appelé dépôt qu'improprement (D.), 15, 80.

Prix dans le prêt à intérêt. Est-ce un loyer? 309, 320 et suiv. Le prix introduit dans le commodat en fait un louage, 325. Introduit dans le *mutuum*, il en fait un prêt à intérêt, 325. L'intérêt est le prix du droit d'abuser conféré à l'emprunteur, 327.

R

Rachat. Le rachat est de droit dans la rente constituée, 434 et suiv. Le droit de rachat n'empêche pas la rente d'être perpétuelle, 442. Exercice du rachat, 462.

Rachat. La faculté de rachat n'a pas lieu de droit dans la rente viagère, 320. Elle peut y être stipulée, 324.

Remboursement des rentes entre particuliers et sur le grand-livre. Voy. *Rente*, 434 et suiv. et 462.

Rente. Rente *constituée* ou *perpétuel.* Origine, 415. Historique, 416, 417. Avantage de ce contrat et ses désavantages, 420. Des rentes dues par l'État. Solidité du crédit français, 421. Le contrat de constitution de rente renferme une vente, 421. Ses rapports avec le prêt à intérêt, 422, 429. Le nom de rente perpétuelle lui est donné par opposition avec la rente viagère, 442.

De la rente *foncière*, 424. Est-il vrai qu'il n'y ait aujourd'hui que des rentes constituées? 425, 426.

Rentes *de dons et legs*, 427, 486.

Le capital de la rente constituée est inexigible, 429. Différence à cet égard entre le prêt et la rente, 429. Clauses d'où résulte la stipulation d'inexigibilité du capital, 432.

La faculté de rachat est toujours sous-entendue dans la constitution de rente perpétuelle, 434, 435, 436 et suiv., 442. Elle est de droit même dans les rentes 5 p. % sur le grand-livre de la dette publique, 442.

Taux des rentes constituées, 443, 361.

Les rentes constituées sont meubles, 447. Règles pour le payement des arrérages, 449 et suiv. Rente *portable* et *querable*, 449. Pactes usités dans les contrats de constitution de rente, 452 et suiv. Comment la rente prend fin, 462 et suiv. Exercice du rachat, 462. Rachat forcé et commise, 471 et suiv. Dans quels cas il a lieu, 474 et suiv. *Quid* dans les rentes de dons et legs? 486. Résolution de contrat pour défaut de sûretés, 498 et suiv.

Rente vingère, 500.

Rente viagère. Idée de ce contrat. Préventions dont il a été l'objet, 15 et 16. Inconnu des Romains, 204. Son origine, 205 et suiv. Sa légitimité, 206, 210. N'a rien de commun avec l'usure, 207, 283. Diffère du prêt, 208, 283. Si elle est un pari, 209. Est essentiellement aléatoire, 207, 208, 283. Et si elle manque d'*alea*, elle perd ses principaux caractères, 211, 288. Exemples de rentes viagères sans *alea*, 212, 288. Si la rente viagère a un capital? 213. Et si les annuités sont le produit d'un être métaphysique? 215. Il y a une vente dans la rente vingère, 209, 216. Vente de quoi? Distinctions, 216 et 217. Si la rente viagère est un contrat réel? 220 et suiv. Et unilatéral? 223. Elle est meuble, 224. Formes du contrat de rente viagère, 226, 227 et suiv. De l'acte sous seing privé et de la foi à l'égard des tiers et des héritiers du créancier, 228, 277 et suiv.

Différence entre la rente viagère et le bail à nourriture, 230.

Des rentes viagères à titre gratuit. Différence avec les rentes vingères à titre onéreux, 231 et suiv., 233, 234.

De la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, 236 et suiv. On peut emprunter la vie d'une tierce personne, ou même constituer la rente sur la tête du débiteur, 238, 241. Elle peut *être constituée* sur plusieurs têtes, 242 et suiv. Et le *décès de l'une* d'elles ne diminue pas la rente, 245. *Le prix* de la rente viagère peut être fourni par une personne qui donne la rente à un tiers, 248. Détails à ce sujet, 249 et suiv. De la rente acquise pendant la communauté et avec les deniers de la communauté, sans diminution pour le survivant. Contient-elle une donation? 254. Nullité de la rente viagère si la personne sur la tête de laquelle elle est constituée est décédée lors du contrat, 258 et suiv. Ou bien, si elle décède dans les vingt jours du contrat, de la maladie dont elle était atteinte lors de la constitution, 262 et suiv.

Taux de la rente viagère, 285. *Quid* si elle est sans *alea*? 288.

Résiliation du contrat de rente viagère, 289 et suiv. Dans quels cas? 289 et suiv. Ses effets, particulièrement sur les arrérages perçus, 298, 300, 335. La résolution n'a pas lieu pour défaut de payement des arrérages, à moins de convention spéciale, 304 et suiv., 310 et suiv. Effets de la résolution stipulée, 316.

Le rachat n'a pas lieu de droit dans la rente viagère, 320. Mais peut être stipulée, 324.

Règlement des pensions au moment du décès, 327 à 336.

De l'incessibilité et de l'insaisissabilité de la rente viagère, 337 et suiv. Fin de la rente viagère par la mort *naturelle*, 349. *Quid* si la mort a lieu par le crime du débiteur? 352. La mort *civile* ne fait pas cesser la rente, 359. Constatation du décès, 361.

Répétition de ce qui a été perdu au jeu ou dans les paris et payé. Droit romain, 171. Droit français, 176.

Principes généraux sur la répétition de ce qui a été payé *ob turpem causam*, 171, 172, 173, 174, 175.

Report. Définition, légitimité, utilité du *report*, 130.

Résolution du contrat de rente viagère pour défaut de sûretés, 289 et suiv. Effets de cette résolution, 298. Particulièrement en ce qui concerne les rentes perçues, 298, 299, 300, 335.

Le défaut de payement des arrérages ne donne pas

lieu à la résolution, 304. A moins que les parties n'aient apposé le pacte commissoire, 310. Effets du pacte commissoire, 316.

De la résolution du contrat de rente viagère par la mort violente du créancier, 332.

Résolution. Le rachat forcé résout le contrat de rente, 471 et suiv. Ses effets, 471 et suiv.

Responsabilité. Elle se mesure sur l'intérêt, 3.

Responsabilité des hôteliers, logeurs, etc., 217 et suiv., 232 et suiv.

Restitution de la chose prêtée à usage, 105, 106 et suiv. Et de la chose prêtée en *mutuum*, 189, 190, 222, 232 et suiv., 264 et suiv. A quelle époque? 272. En quel lieu? 273 et suiv.

Restitution. A qui doit se faire la restitution de la chose déposée (D.), 186 et suiv. En quel lieu (D.), 165. En quel temps (D.), 171.

Rétention. Est accordée au dépositaire pour être remboursé de ce qui lui est dû à raison du dépôt (D.), 193.

Rétention. Droit de rétention dans le commodat, 128, 161.

Risque. Du risque putatif. Le contrat d'assurance a pour but d'en garantir, 260, 261.

Risques. Le prêteur à intérêt est affranchi du risque que court la chose; *Res perit domino*; mais il a d'autres risques à courir, 328.

S

Saisie de meubles, est accompagné du dépôt judiciaire (D.), 277.

Secret du dépôt. Obligation du dépositaire à cet égard. Principes de morale; obligation juridique. Exemple de Lamoignon (D.), 108 et suiv.

Séquestre. Sens de ce mot (D.), 242 et suiv.

§ Séquestre *conventionnel* (D.), 247 et suiv.

En quoi diffère du dépôt proprement dit (D.), 250. Exemples, 258.

Séquestre a lieu pour les meubles et les immeubles (D.), 254 et 266.

Restitution de la chose séquestrée (D.), 259, 278.

De la gratuité dans le séquestre (D.), 260 et suiv.

Le séquestre peut-il se démettre avant le temps (D.)? 270.

§ Séquestre *judiciaire* (D.), 273. Ses différences avec le dépôt judiciaire (D.), 273. Des cas de séquestre judiciaire (D.), 276 et suiv. Sont-ils limitatifs (D.)? 293.

Société. Souvent employée pour faire l'usure, 365, 366.

Sûretés. Du cas où le débiteur de la rente ne donne pas ou diminue les sûretés, 489.

Sympathie. Est un mobile des actions humaines fort distinct de l'intérêt, 1. Engendre les contrats de bienfaisance, 2.

T

Temps où la chose prêtée doit être rendue, 272, 290. Si le temps peut être vendu, 338 *in fine* et 342, 375, 380. Les théologiens et canonistes prétendaient que non, Préface, page I.

Temps qu'on doit prendre en considération pour l'estimation d'une chose qui ne peut être rendue, 283.

Temps de la restitution de la chose déposée (D.), 171 et suiv.

Théologiens. Leur opinion sur la stérilité de l'argent, 332. Ennemis du prêt à intérêt, 332, 333. Prétendent qu'on ne peut vendre le temps, 338, préface, page I. Combattent les constitutions de rentes, 420.

Tradition. Est nécessaire pour rendre le commodat parfait, 6 et 14. Est de l'essence du *mutuum*, 183, 185.

Tradition, est inconnue dans le dépôt (D.), 21, 22, 23.

Transmissibilité du commodat aux héritiers, 43, 44 et suiv.

Transmissibilité de la rente viagère, 337.

Transport fait par le perdant pour payer une dette de jeu ou de pari, 193.

U

Usage de la chose déposée, n'est pas accordé au dépositaire (D.), 97. Exception, 99 et 100. Abus de confiance dans le dépôt (D.), 104.

Usage. Nature et étendue de l'usage que confère le commodat au commodataire, 17, 18. Comment le commodataire doit user de la chose prêtée, 97.

Usage. (*Droit d'usage*.) Différence entre le droit d'usage et le commodat, 26.

Usufruit. Différence entre le commodat et l'usufruit, 23. Différence entre l'usufruit des choses fongibles et le *mutuum*, 219.

Usure. Sens du mot *usura*, 306 et suiv. Opinion des philosophes et théologiens sur les usures, 320. Taux de l'intérêt au delà duquel se trouve l'usure. Voy. *Intérêt*. Des usures *formelles* et *palliées*, 363 et suiv., 387, 388, 389 et suiv.

Peines contre les usuriers, 397. Action pour fait d'usure, 397. Preuve de l'usure, 403.

Voy. *Intérêt* et *Prêt à intérêt*.

Usure. Il n'y a pas d'usure dans la rente viagère, 207.

V

Valeur du dépôt d'hôtellerie. Preuve de cette valeur (D.), 215.

Vente. Vente de la chose déposée (D.), 124.

Vente d'un coup de filet, 18. Vente d'un immeuble pour payer une dette de jeu, 193. L'acheteur n'a pas d'action pour éviction, 194. Il y a une vente dans la rente viagère. Quelle est la chose vendue? 216, 217 et suiv.

Vente. La constitution de rente renferme une vente, 421. Le prêt à intérêt se rapproche aussi de la vente, 422. Le *mohatra* renferme une vente, 364.

Vente à réméré cache souvent l'usure, 388.

Viager. Rente viagère. *Voy.* ce mot.

Vie. Assurances sur la vie, 154. Paris sur la vie, 153, 158, 159. Sur quelles vies une rente viagère peut-elle être constituée? 237 et suiv., 242 et suiv. Certificats de vie, 362 et suiv.

Vol. Prêt de la chose volée, 38.

Vol de la chose prêtée; faute qui en peut être la cause, 86, 87.

Vol. Il met en demeure de plein droit (D.), 104. Dépôt de chose volée. A qui doit être restitué (D.), 140. Le vol n'est pas par lui-même un cas de force majeure (D.), 234, 235. *Quid* du vol à force armée (D.)? 234. *Quid* du vol avec *effraction* (D.)? 235.

Voyageur. Est-il en faute s'il n'avertit pas l'hôtelier qu'il a avec lui des objets précieux (D.)? 219. La faute du voyageur décharge l'hôtelier (D.), 238.

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE.

